

## SAGGI

Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui di Antonio Gambaro	169
The Trust Protector And Its Use In The United States di Alexander A. Bove, Jr.	175
La prohibition de la fiducie-libéralité: pourquoi une telle démesure? di François Tripet	194
Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi <i>more uxorio</i> di Daniele Muritano	199
Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali di Vincenzo Greco	212
Trust e mercati vigilati. Un tentativo di approccio pratico di Massimo Longhi	221
La figura del trustee di Gian Franco Condò	228
Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale di Mariagrazia Monegat	243
Brevi riflessioni sulle novità legislative di Jersey di Elisa Barla De Guglielmi	248
Rilevanza del trust nell'ambito di un procedimento di separazione coniugale quale risorsa finanziaria nella disponibilità di un coniuge di Chiara Ferrari	260

## GIURISPRUDENZA

Sequestro conservativo richiesto da un creditore del disponente Italia, Tribunale di Siena, 16 gennaio 2007, A.	266
<i>Quistclose trust</i> e appropriazione di somme Inghilterra e Galles, High Court, Chancery Division, 17 febbraio 2005, Re Margareta Ltd; Freeman and another v Customs and Excise Commissioners and another	267
Il giudice di Jersey recepisce il contenuto dell'ordine del giudice inglese Jersey, Royal Court (Samedi Division), 6 febbraio 2006, Re the A Trust FM v ASL Trustee Company Limited	271
Opportunità dell'intervento del trustee nel procedimento di separazione coniugale dei beneficiari del trust Jersey, Royal Court (Samedi Division), 12 aprile 2006, Re the H Trust X Trust Company Limited v RW and others	274

**S o m m a r i o****Giurisprudenza storica**

Esecuzione delle disposizioni testamentarie segrete Spagna, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 30 ottobre 1944, n. 1180	277
--	-----

---

**LEGISLAZIONE**

Italia. Disegno di legge recante la istituzione del trust di diritto italiano	281
Italia. Progetto di legge recante disposizioni sull'affidamento fiduciario	285
Spagna. La fiducia successoria nella legge aragonese	300

---

**PRASSI NEGOZIALE**

L'abuso dei paradisi fiscali: la visione americana	303
Il patto di famiglia: caratteristiche del nuovo istituto e possibile ruolo della società fiduciaria di Elio Macchia – Fabrizio Vedana	314
Incremento del fondo in trust	318
Dichiarazione dei redditi della fiduciaria e comunicazione all'Amministrazione Finanziaria dei dati identificativi dei fiducianti	324

---

# Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui

di Antonio Gambaro

Secondo il disposto dell'art. 2645 *ter* cod. civ., in vigore dal 1° marzo 2006: "gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita di una persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

Al di là della sua qualità tecnica, deplorabile, è pacifico che la norma citata introduce definitivamente nel nostro ordinamento la nozione di patrimonio di scopo. Si deve però considerare che essa introduce anche, ed in via sostanzialmente generale, la nozione di proprietà dedicata. In effetti il legislatore parla di "vincolo" di destinazione che è reso opponibile a terzi mediante la trascrizione. Tuttavia la parola "vincolo" è assai generica; ed è anche inadeguata poiché evoca l'idea di peso, limite, gravame, blocco. Il che è economicamente incompatibile con la protezione degli interessi meritevoli di tutela che la norma stessa promuove e protegge, i quali sembrano esigere il più delle volte una gestione dinamica dei beni.

In realtà, il vincolo di destinazione reso opponibile ai creditori del proprietario indica un modo di essere della proprietà, la quale genera utilità destinate non già al suo titolare, ma ad un beneficiario. Sotto questo profilo, l'art. 2645 *ter* cod. civ. rappresenta una svolta di non poco conto, perché codifica un'ipotesi parzialmente diversa da quelle previste dalle molte leggi che hanno introdotto patrimoni separati. Infatti, in questi ultimi casi lo scopo perseguito dal legislatore speciale è solo quello di assicurare una più pronta ed esatta calcolabilità del valore di un patri-

monio al fine di incentivare l'erogazione di credito, oppure quello di impedire la distrazione di beni dalla destinazione ad essi impressa e specificatamente approvata dal legislatore, dalla quale solo indirettamente si possono individuare i beneficiari. Nell'ipotesi inserita nel codice civile si contempla invece un insieme di beni che sono destinati ad uno scopo la cui individuazione è rimessa all'autonomia privata, la quale però deve determinare, o rendere determinabile, secondo il principio generale di equivalenza tra le due ipotesi, il beneficiario o i beneficiari, delle utilità dei beni destinati.

Ove tale "vincolo" sia impresso ai beni mediante atto pubblico, la destinazione ad attività di sostegno di un beneficiario, sulla cui vita può essere commisurata la durata dello speciale regime patrimoniale ivi stabilito, prevale sull'interesse dei creditori del disponente, sempre salva la esperibilità dell'azione revocatoria da parte di questi ultimi. Ciò mette fine all'idea per cui in forza del principio dell'assolutezza del dominio il proprietario non poteva sottrarre i beni formalmente suoi ai propri creditori nei confronti dei quali la presunzione di compattezza del diritto dominicale era assoluta. Si è già osservato come quando sia in gioco solo l'interesse del proprietario l'immagine di tale absolutezza sia svanita da tempo, tuttavia essa era rimasta quando giocava contro l'interesse del proprietario dissociando così la disciplina dominicale dalle regole in tema di responsabilità patrimoniale.

Sicché, quando si dispone, come nella norma in esame, che titolarità della proprietà ed interesse economico allo sfruttamento dei beni ed ai loro frutti possono essere dissociati in base ad un atto di esercizio dell'autonomia proprietaria e che tale dissociazione è opponibile ai creditori del proprietario, il prin-

## Nota:

Antonio Gambaro è professore ordinario dell'Università di Milano. Il testo riproduce, con modificazioni, la lezione tenuta al Corso di approfondimento "Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts", promosso dalle Università degli Studi di Bari, Genova, Milano, Roma "la Sapienza" e "Roma Tre", organizzato dall'Unità per la Formazione Continua dell'Università degli Studi di Genova, svoltosi in Roma il 27-29 ottobre e il 10-12 novembre 2006.

## Saggi

cipio di compattezza del diritto dominicale viene definitivamente meno e si introduce positivamente nel nostro ordinamento la figura della proprietà nell'interesse altrui.

Chiarito questo primo punto, diviene consequenziale che il cosiddetto vincolo di destinazione significa che il titolare è gravato da un obbligo di condotta, il quale consiste nel gestire i beni nell'interesse altrui. Ma poiché ciò è correlato ad un assetto dominicale che oggi trova piena cittadinanza nel nostro ordinamento, ciò implica anche che tale obbligo ha la sua fonte diretta nella situazione di titolarità di una proprietà conformata in quel determinato modo. Chiunque in seguito ad una vicenda giuridica si trovi ad essere proprietario di quei beni è gravato da un obbligo di gestione dei medesimi nell'interesse altrui. Interesse che l'ordinamento protegge mediante una legittimazione ad agire assai ampia, che parrebbe estesa a tutti coloro i quali hanno un interesse riflesso, o indiretto, alla conservazione del vincolo di destinazione impresso ai beni ed all'adempimento dei correlati obblighi di condotta da parte del loro titolare.

Se si esamina da vicino il lessico della norma ci si avvede che la tecnica legislativa è veramente cattiva perché si usa la parola interesse in due sensi diversi: per designare l'interesse del beneficiario a ricevere il flusso di utilità generato dai beni, e per designare coloro che hanno un interesse indiretto a che quel flusso si mantenga. È chiaro tuttavia che il legislatore aveva in mente sia l'ipotesi del beneficiario privato cittadino, il quale ha un interesse patrimoniale ai redditi derivanti dalla gestione dei beni vincolati, sia l'ipotesi, diversa, in cui il beneficiario sia un ente pubblico ed in cui il vincolo di destinazione comporta una gestione del bene non solo nell'interesse altrui, ma nell'interesse di gruppi di cittadini, o, anche, nell'interesse generale secondo lo schema tipico della titolarità dei beni pubblici. Sennonché nell'ipotesi evocata dall'art. 2645 *ter* cod. civ., la titolarità è di nuovo dissociata dallo scopo e pertanto il titolare può rimanere un soggetto privato mentre tutta la valenza pubblicistica che si associava con la titolarità pubblica è spostata sulla preservazione del vincolo. Conseguentemente, essendo di natura patrimoniale l'interesse del beneficiario individuato, esso non si oppone alle modificazioni del diritto sui beni che siano utili o necessarie per salvaguardare i flussi di utilità che i beni vincolati generano per lui. Pertanto, nulla, se non eventualmente il testo dell'atto di de-

stinazione, impedisce di pensare ad una gestione dinamica che risulti compatibile con l'adempimento degli obblighi fiduciari. Ove invece il vincolo coinvolga interessi collettivi, una gestione dinamica risulta improponibile, poiché tali interessi collettivi indirettamente promossi dall'atto di destinazione hanno eminente carattere conservativo, mentre non si pongono come centro di imputazione degli obblighi fiduciari gravanti sul titolare dei beni, con l'ulteriore conseguenza che i soggetti indirettamente tutelati non hanno azione per esigere una prestazione positiva.

Se si ammette che la proprietà nell'interesse altrui è figura generale prevista dal nostro ordinamento, si deve considerare che si tratta di un altro "modo di possedere" rispetto alla proprietà di cui all'art. 832 cod. civ. Tale assetto proprietario non è del tutto libero, ma subordinato al conseguimento di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Tale vaglio differenzia la proprietà nell'interesse proprio, la quale è sempre ammessa in conformità con i principî tradizionali, rispetto alla proprietà nell'interesse altrui, la cui ammissibilità è subordinata al vaglio anzidetto. Al riguardo, nonostante la lettera della legge, non pare del tutto corretto far ricorso ai medesimi criteri che presiedono alla concretizzazione del requisito di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322, II comma, cod. civ., i quali, in sostanza, si riconducono all'aspetto negativo della non illiceità dell'accordo contrattuale. Non solo rimane fermo che in riferimento al contenuto del contratto la meritevolezza si accompagna alla correttezza ed alla buona fede, ma il dato essenziale è che gli effetti del contratto cui si riferisce l'art. 1322, II comma, cod. civ., sono limitati dal principio della relatività, mentre nel caso previsto dall'art. 2645 *ter* cod. civ. essi coinvolgono anche gli interessi del creditore del disponente. Ragion per cui la meritevolezza deve essere intesa nel senso che l'interesse promosso dalla creazione di una proprietà nell'interesse altrui deve essere poziore rispetto a quello dei creditori del disponente(1), ed è ovvio che trattandosi di requisito assiologico la scala di confronto non può che essere dedotta dall'ordinamento nel suo complesso con pre-

### Nota:

(1) Cfr. in questo senso: G. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, Riv. dir. civ., 2006, 161, a p. 179.

minente attenzione ai valori costituzionalmente sanciti. In questa prospettiva, che esclude di per sé dal meritevole di tutela l'interesse a liberarsi dei creditori, è dubbio che il disponente possa designare come beneficiario se medesimo, come invece avviene nel diritto dei trust dei sistemi anglosassoni, che può spiegare effetti anche in Italia in applicazione della Convenzione de L'Aia del 1° luglio 1985 resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989, n. 364. In effetti nella *law of trusts* questa possibilità è controbilanciata dai notevoli obblighi di condotta che gravano sul trustee, nonché dalla sua sottoposizione alle disposizioni delle corti di *equity*; obblighi che invece l'art. 2645 *ter* cod. civ. lascia nel vago, posto che esso non disciplina il contenuto del vincolo di destinazione, limitandosi a conferirgli i caratteri della realtà mediante l'espreso riferimento all'opponibilità a terzi acquisibile mediante la trascrizione.

Posto che la lacuna del testo è innegabile, si deve tuttavia aggiungere che i primi commentatori non hanno però avuto esitazioni nell'inquadrare la nuova fattispecie nell'ambito dei negozi fiduciari e nella proprietà fiduciaria. Tema sul quale si registra una abbondante letteratura.

Per quanto riguarda la struttura dell'atto di disposizione si può solo accennare che, in base al testo della norma codicistica, essa può ricalcare sia quella dell'atto unilaterale in cui il disponente imprime il vincolo sui propri beni di cui rimane titolare, sia quella dell'atto traslativo, in cui i beni vengono trasferiti ad un fiduciario. Nel primo caso si contempla una situazione giuridica analoga a quella del trust auto-dichiarato, il cui effetto è quello di trasformare il disponente da proprietario pieno in proprietario nell'interesse altrui; nel secondo caso si contempla un normale trasferimento *fiduciae causa*. Le due ipotesi si riconducono alle note figure della fiducia statica e della fiducia dinamica, nessuna delle quali suscita problemi sotto il profilo della causa dell'attribuzione, visto che essa è funzionale all'adempimento delle obbligazioni fiduciarie.

Per quanto concerne la proprietà fiduciaria, ossia la proprietà nell'interesse altrui, si deve osservare anzitutto che l'art. 2645 *ter* cod. civ. rappresenta la prima inequivocabile emersione legislativa di tale figura nel diritto interno ove sino a qui rinvenibile, ma non senza contrasti, in altre disposizioni di legge, prima fra tutte quella di cui all'art. 1706 cod. civ., anche se si deve subito osservare come sia stata ampia l'esperienza accumulata a tutti i livelli in tema di trust

regolati da un diritto straniero. Proprio quest'ultima esperienza dovrebbe rendere piuttosto chiaro che quella nell'interesse altrui è una forma di proprietà conformata a tale scopo, così come esistono altre forme di proprietà conformate in vista di uno scopo sia sul lato oggettivo, sia su quello soggettivo.

Non ha quindi senso interrogarsi attorno al mantenimento o meno del principio del numero chiuso dei diritti reali, ed ancora meno ha senso chiedersi se l'art. 2645 *ter* cod. civ. abbia introdotto un nuovo tipo di diritto reale. Un diritto reale limitato infatti grava su un diritto di proprietà traendo dalla sua esistenza il fondamento del proprio esistere giuridicamente, ciò nel senso che ove non esista il diritto di proprietà non può logicamente esistere un diritto di usufrutto, o di superficie o una servitù prediale. Il rapporto di derivazione tra proprietà e diritto reale limitato è pertanto ontologico. Nel caso della proprietà nell'interesse altrui di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ. non deve trarre in inganno la limitazione cronologica per cui il vincolo di destinazione non può eccedere la durata di 90 anni. Tale limite infatti non è logicamente correlato alla preservazione della elasticità del diritto dominicale, ma all'orizzonte cronologico dell'interesse che presiede al perseguimento di uno scopo. Anche in questo senso l'esperienza accumulata in seno alla *law of trusts* può essere di ausilio. La ragione per cui è opportuno che la durata dei trust sia limitata – normalmente ad un periodo compreso tra i 90 ed i 100 anni – è che al di là di tale orizzonte cronologico, non vi può essere alcuna certezza che il perseguimento dello scopo originario possa giustificare l'impaccio che si imprime alla circolazione dei beni. Ma codesto ragionevole bilanciamento di interessi generali non ha molto in comune con quello che presiede alla imposizione della durata massima del diritto di usufrutto, di uso ed abitazione.

Quella da cui ha origine la trascrizione dell'atto di destinazione è una proprietà vincolata ai bisogni di un soggetto beneficiario, così come esistono da tempo nel nostro ordinamento proprietà vincolate ai più vari scopi oggettivi, anche se essi, sino a questo momento, militavano tra quelli classificati di diritto pubblico. La caratteristica comune alla due forme di vincolo è che la volontà del titolare risulta inidonea ad alterare od annullare il vincolo, il quale rappresenta null'altro che il modo di essere di quel diritto di proprietà. È intrinseco alla nozione di atto di disposizione della proprietà l'effetto per cui il diritto di disporre fuoriesca dalla sfera di potere del disponente e

**Saggi**

pertanto una volta che esso sia stato validamente esercitato tramite un atto idoneo secondo l'ordinamento qualsiasi atto contrario è privo di effetto. Per conseguenza non vi è alcun bisogno di immaginare anche un vincolo di indisponibilità discendente dal vincolo di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ.; tutt'al più si deve osservare che l'appetibilità di quel diritto di proprietà è fortemente incisa, ma ciò non diversamente da quanto accada nell'ipotesi di una proprietà asservita a scopi di interesse generale come accade spesso in seno alla disciplina urbanistica, con l'unica differenza che mentre i vincoli imposti in vista di un interesse pubblico sono sostanzialmente occulti, quelli imposti in vista di un interesse individuale assumono il loro effetto mediante i meccanismi pubblicitari.

L'indisponibilità del diritto è tuttavia altra cosa rispetto alla difficoltà di mercanteggiarlo. Quest'ultima difficoltà può essere anche estrema, specie nel caso previsto dall'articolo in esame, ove il vincolo può riguardare la destinazione all'interesse altrui di tutte le utilità generate dal bene. In questa ipotesi il diritto di proprietà cessa di essere un elemento dell'attivo patrimoniale del titolare, ma non per questo viene necessariamente meno la suscettibilità ad essere oggetto di vicende circolatorie, come del resto avviene in tutti i casi di beni negativi, rispetto ai quali l'indisponibilità sarebbe disastrosa. Logicamente infatti altro è la difficoltà a rintracciare qualcuno che sia disposto a sobbarcarsi una situazione di appartenenza gravosa ed altro è la elisione del diritto di disporre in capo al proprietario attuale; la prima è un ostacolo di natura pratica, la seconda è un divieto che l'ordinamento consapevolmente impone al fine di escludere certi beni dai rapporti di scambio.

Ciò introduce al problema della reversibilità dell'atto istitutivo del vincolo di destinazione, problema che il testo della legge lascia del tutto impregiudicato, ma che può essere convenientemente affrontato ragionando sull'assetto della proprietà nell'interesse altrui. Può essere quindi escluso che l'eliminazione del vincolo possa discendere da una manifestazione di volontà del titolare quando questo sia un terzo rispetto al costituente ed al beneficiario. Infatti è proprio dall'assetto delle proprietà nell'interesse altrui che le obbligazioni del fiduciario traggono la propria ragione d'essere e poiché tali obbligazioni gravano sul fiduciario a titolo contrattuale, data la necessaria struttura bilaterale dell'atto di destinazione quando esso avvenga a favore di un terzo, è impensabile, alla

luce del principio di cui all'art. 1372 cod. civ., che il fiduciario possa sciogliersi delle obbligazioni assunte mutando l'assetto della proprietà dei beni che gli vengono confidati, salvo che, contratto permettendo, egli non sostituisca tali beni con altri parimenti in grado di soddisfare l'interesse del beneficiario. Del pari deve essere escluso che l'eliminazione del vincolo possa provenire dal costituente, anche in contemplazione dell'ipotesi in cui il vincolo sia costituito mediante atto unilaterale analogo al trust auto-dichiarato; ciò per la ragione essenziale che si tratterebbe di atto di disposizione posto in essere da chi non è più legittimato a disporre del pieno diritto di proprietà, essendo invece titolare di un diverso diritto di proprietà. Sicché il problema del passaggio da una proprietà nell'interesse altrui ad una proprietà di cui all'art. 832 cod. civ. è limitato all'ambito seguente: o si ritiene che la concorde volontà del beneficiario e del disponente sia sufficiente ad eliminare il cosiddetto vincolo e quindi ad attribuire una proprietà illimitata ad uno dei due o ad un terzo, oppure si ritiene che tale vincolo sia irreversibile salvo le scadenze previste *ex lege* in riferimento alla durata della vita del beneficiario od al periodo novantennale. Per orientarsi in tale scelta giova riferire che nel diritto inglese la concorde volontà dei beneficiari di un trust, dopo la scomparsa del disponente, è reputata idonea ad estinguere il trust stesso<sup>(2)</sup>, mentre in ambiente americano, in cui la soluzione del problema dipende dal diritto dei singoli Stati, la soluzione di gran lunga prevalente è quella di ritenere irreversibile l'istituzione di un trust, salvo nel caso in cui il disponente abbia designato se medesimo come beneficiario<sup>(3)</sup>. Le due opposte soluzioni riflettono due percorsi ideali diversi: la soluzione inglese è una conseguenza dell'immagine del trust come istituto che presiede alla devoluzione della ricchezza a favore di soggetti appartenenti a generazioni successive, in questo ambito una volta che lo scopo sia raggiunto e che essa sia pervenuta ai beneficiari designati dal disponente sotto forma di proprietà beneficiaria, non vi è ragione di escludere che l'accordo unanime di essi, e sempre che si tratti di persone che godono della

**Note:**

(2) Cfr. D. J. Hayton, *The Law of Trusts*, Londra, 1993, p. 154. Il principio è tradizionalmente ricondotto al precedente *Saunders v Vautier*, in questa Rivista, 2004, 294.

(3) Cfr. G. G. Bogert - G. T. Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, St. Paul, 1989, pp. 531 ss.

piena capacità giuridica e non vi siano altri beneficiari designati anche appartenenti e generazioni future, è sufficiente a far ritenere raggiunto e quindi esaurito lo scopo originario, con conseguente inutilità di mantenere in vita un trust. Al contrario, si può ritenere che solo la concorde volontà del disponente e del beneficiario può porre termine ad un trust, ma ove il primo non sia più in grado di manifestare una volontà dissolvente, la sola volontà di tutti i beneficiari è idonea a porre termine al trust stesso, poiché i titolari di una proprietà beneficiaria non possono essere legittimati ad attribuirsi una proprietà piena, salvo che non esista una ragione specifica e non generale per ritenere che lo scopo del trust sia definitivamente raggiunto e quindi esaurito.

Quest'ultima soluzione, maggiormente rispettosa dei dati del sistema dei diritti di proprietà e meno propensa a soluzioni pragmatiche, appare preferibile se si riflette sulla ancora scarsa intelaiatura normativa della proprietà beneficiaria nel sistema italiano. Pertanto si deve ritenere che sino a quando il disponente è in vita la concorde volontà legittimamente manifestata sia da esso che da tutti i beneficiari possa porre termine alla situazione di proprietà beneficiaria e possa conferire alla situazione dominicale sui beni oggetto della medesima un diverso assetto proprietario, mentre essa diviene irreversibile siano alla scadenza del termine convenzionale o legale, quando tali presupposti cumulativi vengano meno.

Ciò posto, mi pare chiaro che la dissociazione tra titolarità del diritto dominicale ed interesse sostanziale tutelato non può essere più pronunciata.

Corollario logico di questo assetto proprietario avviene allora la regola, chiaramente sancita nel testo dell'art. 2645 *ter* cod. civ., per cui solo i creditori il cui credito è sorto in correlazione causale con il perseguimento dello scopo cui i beni sono destinati hanno titolo per aggredire i beni in questione attivando i normali procedimenti posti a garanzia della responsabilità patrimoniale. Al contrario, i creditori del titolare non hanno alcun titolo, né alcuna ragione, per aggredire i medesimi, poiché essi non fanno parte del patrimonio del loro debitore, essendo la titolarità una titolarità per così dire negativa, in quanto generatrice solo di obblighi e non già strumento di accesso e conservazione della ricchezza.

Tale osservazione non toglie che sia possibile anche il percorso logico inverso, il quale segua la logica induttiva anziché quella deduttiva, e quindi assuma

come punto di partenza l'opponibilità *erga omnes* del cosiddetto vincolo per indurne la presenza nel nostro sistema positivo di una proprietà nell'interesse altrui. In un modo, o nell'altro si perviene al medesimo risultato.

Se quanto si è appena osservato è esatto, allora si deve aggiungere che non è del tutto corretto rimproverare al legislatore di aver inserito in una norma che è rivolta alla trascrizione un requisito, come la meritevolezza dell'interesse, che, invece, attiene alla validità dell'atto e non alla sua opponibilità. A me pare invece che la meritevolezza dell'interesse, qui, sia coniugata con lo specifico effetto che si produce, ossia con l'assetto della proprietà.

Che i negozi giuridici per essere validi debbano mirare a produrre effetti meritevoli di tutela, ossia non illeciti, è dato già previsto dal codice civile e non vi sarebbe alcuna necessità di ripeterlo in sede di 2645 *ter* cod. civ. Sicché parrebbe più congruo pensare che ciò che deve essere meritevole di tutela è l'effetto specifico di rendere indisponibili quei beni ai creditori del proprietario. In prima battuta ciò comporta un controllo sulla effettiva e totale sottrazione dei beni alla sfera di godimento del disponente, essendo palese che non sarebbe sufficiente, al fine di sottrarre i medesimi alla esecuzione di creditori diversi da quelli che siano tali a fronte di debiti correlati alla realizzazione dello scopo, il vincolo che si limitasse a prevedere che una dimora storica sia aperta alla visita del pubblico tutti i giorni festivi. In realtà la indisponibilità dei beni per i creditori del proprietario dipende dal fatto che si tratti di beni che non entrano nell'attivo patrimoniale di quest'ultimo. A questo primo tipo di misurazione della meritevolezza mi pare se ne debba aggiungere un secondo che abbia riguardo alla diminuzione patrimoniale sofferta da disponente. Che il negozio di destinazione sia soggetto al sistema revocatorio è ovvio; ma l'esperienza dell'*asset protection trust* ci ha insegnato che non basta evitare che il disponente abbia i creditori alle calcagna, occorre infatti tutelare anche i creditori futuri impedendo in definitiva che la segregazione patrimoniale diventi strumento per porre il disponente in situazione di indifferenza rispetto alle regole in tema di responsabilità patrimoniale. La nullatenenza, infatti, esenta dal rispetto di tutte le regole di convivenza sociale che sono presidiate dalla responsabilità civile. La formula della meritevolezza dell'interesse è abbastanza ampia ed elastica per poter far fronte agli esiti indesiderabili della segregazione patrimoniale,

**S a g g i**

mi sembrerebbe poco accorto privarsi di un simile strumento ricollegando ermeneuticamente il requisito della meritevolezza al disposto dell'art. 1322 cod. civ. così come sino a qui interpretato dalla giurisprudenza di gran lunga prevalente che lo intende nel senso di illiceità puntuale.

Si è facilmente osservato che lo schema seguito dall'art. 2645 *ter* cod. civ. riecheggia lo schema del trust. Però, se si ha riguardo al testo nella sua dimensione letterale, ci si avvede che esso costituisce solo uno spezzone di trust(4).

Ciò è vero, tuttavia si deve anche considerare che

la *law of trusts* è il risultato di secoli di esperienza che hanno come punto di partenza una proprietà nell'interesse altrui.

Dal momento in cui tale forma di proprietà ha preso cittadinanza nel nostro sistema inizia il percorso costruttivo della relativa disciplina, che anche l'esperienza giuridica italiana deve seguire.

**Nota:**

(4) Cfr. M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-*ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

**LIBRI**

## La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2006

La raccolta di **tutta** la **giurisprudenza** italiana sui trust, è edita **dalla fine del XIX secolo** alla prima metà dell'anno **2006**, e delle **pronunce dell'Agenzia delle entrate**.

Un'opera che rende immediatamente disponibili documenti che sarebbero altrimenti di reperimento disagevole.

Lo studio del materiale che la giurisprudenza ci offre è il modo migliore per avvicinarsi ai trust in Italia, ormai comunemente chiamati "**trust interni**": materiale che consente, in primo luogo, accertamenti effettuali altrimenti impossibili. Chi, quando, come e perché si istituisce un trust? Quali sono i **reali problemi giuridici** che, caso per caso, scaturiscono? La chiave di lettura corretta è quella che privilegia la soluzione scelta dal giudice, ma la **soluzione**, soprattutto nella giurisprudenza di merito e nelle pronunce delle autorità amministrative, riguarda

una concreta vicenda e, dunque, muove dall'esame di quest'ultima quale origine del problema giuridico.

Il riferimento alle autorità amministrative non è casuale: il libro raccoglie, infatti, le posizioni dell'Agenzia delle entrate considerandole "giurisprudenza" nel senso antico e nobile di questo termine. E' così assicurata una maggiore **ricchezza** delle **fonti** e uno spettro più vasto di casi di trust.

**II Edizione, pagg. 420  
IPSOA 2006 – € 35,00**

**Per informazioni**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
[www.ipsoa.it/servizioclienti](http://www.ipsoa.it/servizioclienti)  
E-mail: [info.commerciali@ipsoa.it](mailto:info.commerciali@ipsoa.it)  
Tel. 02.82476794 – Fax 02.82476403
- **Agente ipsoa di zona**  
[www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie)
- **[www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)**



# The Trust Protector And Its Use In The United States

di Alexander A. Bove, Jr.

Sempre più spesso oggi, negli Stati Uniti, gli atti istitutivi di trust prevedono la nomina di un "protector", sebbene questa figura non rientri nella prassi della *common law* e sebbene non ne esista, se non in alcune leggi del modello internazionale, una definizione.

Le funzioni solitamente assolte dal guardiano, tuttavia, non sono una novità per il diritto dei trust: in passato, infatti, esse erano variamente attribuite a diversi soggetti, senza che peraltro fosse enucleata una specifica figura.

Lo studio della prassi, soprattutto statunitense, pone in luce i vantaggi e gli svantaggi connessi all'introduzione di un guardiano del trust, i poteri di cui egli può disporre, le responsabilità personali e professionali alle quali va incontro, le problematiche, anche fiscali, ad esso connesse.

SUMMARY: § 1. Just what is a protector and why has the concept become so popular? - § 2. Is the protector lying about his age? - § 3. The protector and the asset protection trust. - § 4. What powers should be given the protector? - § 5. What is the relationship between the protector and trustee? - § 6. Who may serve as protector, and, once and for all, is the protector a fiduciary? - § 7. Professional Protectors - § 8. Can the protector's fiduciary duty be legislated away? Or drafted away? Or both? - § 9. Is the protector subject to court supervision? - § 10. What are the rights of the protector? - § 11. What are the U.S. tax implications of the role of protector? - § 12. What special drafting issues are brought into play along with a protector? - § 13. A "Springing" Protector. - § 14. Conclusion.

Use of the trust protector has recently become unusually popular with the U.S. trust attorney, for whom it was heretofore virtually non-existent, at least under that name. For instance, the first protector statutes in the U.S. were seen in South Dakota in 1997, then in Idaho in 1999(1) as compared to the first offshore statute on protectors which was

seen in the Cook Islands in 1989. Why all this relatively sudden attention to, what this author points out, is in fact a relatively old concept? This discussion will address the reasons for its popularity, review and analyze the position of protector in general, and then focus on its appearance and use in the United States. It will further examine the advantages and disadvantages, powers and problems, and the responsibilities, if any, of the position, with a view towards assisting the attorney in deciding whether, when, and to what extent to utilize this "modern" development.

## § 1. Just what is a protector and why has the concept become so popular?

Mention the term "protector" to any professional who deals with trusts, particularly offshore trusts, and they will almost definitely indicate an understanding of the concept, and quite a few will readily state that they employ the concept in their own trusts. This can be a bit disturbing when one considers the paucity of cases and commentary on the subject of protectors, and further, that, unlike the terms, "trustee", "beneficiary" "guardian", "remainderman", and the like, there is no universally accepted definition of protector and, as to that term, per se, practically no authoritative sources for reference. For instance, the term appears nowhere in Scott or Bogert on trusts, or in the Restatement (Second) Trusts, the three

### Note:

Alexander A. Bove, Jr. è avvocato in Boston, Law Firm of Bove & Langa, P.C.

The author wishes to gratefully acknowledge the valuable comments and review of this presentation by his partner, Melissa Langa, Esq.

This paper is excerpted in part from the author's chapter entitled "The Trust Protector: Friend or Fiduciary?", published in Volume II of "Asset Protection Strategies – Wealth Preservation Planning with Domestic and Offshore Entities," edited by Alexander A. Bove, Jr., published in 2006 by the American Bar Association.

Copyright 2006 by Alexander A. Bove, Jr. All rights reserved.

In considerazione della complessità delle note, non sono state apportate modifiche di conformazione dell'originale ai canoni della Rivista.

(1) Idaho Code § 15-7-501 (Michie 1999); S. D. Codified Laws §§ 55-1B-1, 55-1B-4 to 55-1B-7 (Michie 1997); Cook Islands International Trust Amendment Act § 3 (1989).

monumental and leading trust references in the United States<sup>(2)</sup> Similarly, there is only a passing reference to it in *The Law of Trusts and Equitable Remedies*, by Hayton and Marshall, although in recognition of the growing interest in the position, there is some discussion of protectors in another of Professor Hayton's books, *Law of Trusts and Trustees*, both leading references in the United Kingdom and most offshore common law jurisdictions<sup>(3)</sup>.

Although a formal definition of protector might be helpful, it would still leave numerous questions, as we shall see. In this regard, we can now find formal definitions of protector in the laws of a number of foreign jurisdictions, the earliest being that of the Cook Islands as noted above, which was followed in both time and substance by a number of other offshore jurisdictions, such as Belize and Nevis<sup>(4)</sup>. The law of Nevis, for instance, defines the protector as follows:

"protector'in relation to an international trust means a person who is the holder of a power which when invoked is capable of directing a trustee in matters relating to the trust and in respect of which matters the trustee has a discretion and includes a person who is the holder of a power of appointment or dismissal of trustees".

As suggested, the definition of protector is helpful to orient our analysis in the sense that it broadly describes the position as it relates to the trust and the trustee. A closer look at it, however, would suggest that the definition perhaps could have been condensed to: "A protector is a powerholder." And that is about the essence of it, or rather, the beginning of it. That is to say, the power could be negative, such as a veto power over some proposed act, or positive, such as the power to remove and replace trustees or add beneficiaries, or amend the trust, or even the power to terminate the trust. It is easy to see how generations of practitioners who have been forced to follow tradition and draft trusts with only the "accepted" forms of flexibility (viz., the removal of trustees or the inclusion of a power of appointment, and even then in limited cases) could get carried away with this new form of super flexibility. While this unlimited flexibility may be attractive, it virtually reverses the original concept of a settlor thoughtfully establishing a trust for specified classes of beneficiaries with specified terms and trustees. Unfortunately, it is this nascent super flexibility which seems to allow us to deal with

virtually every conceivable future circumstance (including the rectification of shortcomings in drafting) that makes this position of protector so increasingly popular.

## § 2. Is the protector lying about his age?

What may come as a surprise to many is the fact that the concept of trust protector, especially in the history of U.S. law, is not new at all; at best, it is only the term that is new, as well as practitioners' recent "discovery" of what actually is an old concept in trust law. As noted below, trust attorneys in the U.S. and elsewhere have been employing the concept of trust "advisors" for decades, but unlike the "protector," it was more the role of the trust advisor rather than the name tag that was given formal recognition. It is appropriate to note at this point that in this context we are speaking of an advisor who is granted certain specific powers under the trust, as opposed to an "advisor" who is merely a source that the trustee is requested to consult (without in any way causing the trustee to be bound by the results of such consultation) before the trustee exercises certain discretionary powers under the trust<sup>(5)</sup>. Thus, in earlier days it was not at all uncommon, for instance, for a settlor to name an "advisor" who had the power to direct and control all trust investments, or to remove and replace trustees. Today, that power is more likely to be called "protector." A trust advisor (now, protector) may be described as a third party who has discretionary powers with respect to the trust but who is not a trustee. An advisor may be given "positive" powers, such as the ability to modify the trust or compel the trustee to act, or "negative"

### Note:

(2) George Bogert, *The Law of Trusts and Trustees* (2d ed. West Pub. Co. 1951); Austin Scott & William Fratcher, *The Law of Trusts* (4th ed. Little Brown 1987) (hereinafter "Scott"); *Restatement Second Trusts* (4th ed. 1987). Note, however, that the 2001 draft of the Uniform Trust Code does contain a reference to the term, protector, in the comment to § 808 (Powers to Direct).

(3) Hayton & Marshall, *The Law of Trusts and Equitable Remedies*, (11th ed. Street & Maxwell 2001), Underhill and Hayton, *The Law of Trusts and Trustees* (16th ed. Butterworth 2003).

(4) Cook Islands, International Trusts Amendment Act 1989, Part IV, § 20; Nevis International Exempt Trust Ordinance 1994 § 9(1); Belize Trusts Act 1992 § 16(1).

(5) An example of such a non-binding advisor arrangement is reflected in Alaska Stat. § 13.36.375 (2006).

powers, such as a veto power over changes in trust investments or over trust distributions. In this regard, the advisor is in every respect the same as the protector we see today.

Over the years there have been hundreds of cases in the United States dealing with trust advisors of one designation or another, and in the courts, at least, if not in the practice of law and trust administration, the position has not been regarded as new or unusual. Many of such cases are cited in Scott(6) in an exhaustive and illuminating discussion on the subject, examining the extent of powers that can be and have been granted to trust advisors. When one reflects on the perceived role of the protector and considers the analysis put forth by Scott, it becomes quickly apparent that the term “protector” could be substituted for the term “advisor” wherever used in Scott’s discussion, without exception.

It is difficult to determine exactly when the concept of trust advisor first appeared, but the earliest U.S. case this author found was decided in 1823(7). Between the end of the nineteenth century and the first half of the twentieth century, however, numerous cases were heard reflecting the increasing use of the trust advisor, primarily with respect to control over trust investments, but the issues were by no means confined to that, nor were they confined to the use of a single advisor. In one 1946 case, for instance, the settlor appointed a committee of advisors (perhaps one of the first anywhere utilizing a committee), which was given the power to remove and replace trustees and to accelerate principal distributions on certain conditions(8).

The concept became far more common in the second half of the twentieth century, as reflected in even more cases dealing with various aspects of the role(9). Furthermore, during that period a number of very informative law review and journal articles began to appear(10), but oddly, the idea never really attracted serious widespread professional notice until the last decade or so, when it took the title of protector. Despite the name tag and the date on the tag, however, there should be no question that we are dealing with the very same personage, generally governed by the very same legal principals and concepts.

### **§ 3. The protector and the asset protection trust.**

For better or for worse, the recent surge in

popularity of the protector has been fueled to a great extent by the equally fast growing popularity of the offshore asset protection trust. While asset protection trusts, per se, like the position of protector, are not new, it is safe to say that their use has grown exponentially over the past ten to fifteen years. Since the typical asset protection trust is one where the settlor gives up control to prevent his creditors from exercising such control through a court order, the concept of the protector seems to offer the settlor the opportunity of having it both ways. That is, although the settlor would have no apparent control over the trust, he could have indirect (if not direct) control over the protector, who in turn could control the trust. Thus, the more powers given to the protector (who technically could be a spouse or child or other relative of the settlor, or a close trusted friend, or in aggressive cases, even the settlor), the more comfortable the settlor would feel in establishing and funding an irrevocable trust with a foreign trustee in a strange jurisdiction on the other side of the world. And not surprisingly, as practitioners and settlors have become more attracted to and intrigued by this “newly” discovered key to flexibility, the concept is now finding its way into domestic trusts and legislation, as referenced above.

Where asset protection issues of U.S. settlors are concerned, one of the more serious risks that is taken by practitioners is to allow the settlor to name a domestic protector, for example, a U.S. person, or worse, where the practitioner allows the settlor himself to serve as protector. Where the protector has extensive powers this could be fatal for asset protection purposes. A real life illustration of this is the so-called “Anderson” case(11), where the U.S. settlors themselves (incredibly) were named as co-trustees and co-protectors of their own offshore asset protection trust and retained considerable powers in

.....  
**Note:**

(6) Scott, *supra* note 2 at § 185.

(7) *Howard v. Ducane*, 1 Turn. & R. 81 (1823).

(8) *Jewett v. Brown*, 65 N.E.2d 307 (MA 1946).

(9) Scott, *supra* note 2 at § 185.

(10) See, e.g., *Trust Advisors*, 78 Harvard Law Rev. 1230 (1965); *Directory Trusts and the Exculpatory Clause*, 65 Columbia Law. Rev. 138 (1965).

(11) *Federal Trade Commission v. Affordable Media, LLC.*, 179 F.3d 1228 (1999).

## Saggi

that capacity. Charges were brought against them by the Federal Trade Commission in connection with an alleged “Ponzi” scheme, and a U.S. District court judge issued a temporary restraining order on the Andersons. When ordered by the judge to repatriate the offshore trust funds, which they had the power to do, the Andersons immediately sent notice to the offshore trustee requesting the funds pursuant to the court order. Such an action typically triggers the “anti-duress” clause commonly found in asset protection trusts, and this one not only did that, but also caused the Andersons to be automatically removed as trustees. Thus, when the court asked again that the funds be repatriated, the Andersons responded that they were unable to do so, since they had been removed as trustees. Subsequently, the court discovered they were also the trust protectors (thereby having the power to comply with the court’s order), and when the Andersons failed to comply with the court order, they were jailed for contempt of court.

Thus, if asset protection is an objective of the trust, it is generally a bad idea to name a domestic protector and a worse idea to allow the settlor to be the protector, since both are subject to court orders and possible contempt charges for failing to comply with such orders. An exception to this may lie where the protector (preferably someone other than the settlor) is given only negative (i.e., veto) powers. In that event there could be no positive acts of the protector, the performance of which may be ordered by the court. At the same time, however, restricting the protector to negative powers would seriously limit the value of having the protector at all.

### § 4. What powers should be given the protector?

As observed above, there is a difficult-to-resist temptation to give the protector as many powers as possible to provide for the ability to contend with any future changes in circumstances, the law, or the beneficiaries(12). It is this perceived benefit, however, that can cause us to casually include powers that do little more than produce conflicts between the protector and the trustee which would result in costly legal disputes, unnecessary tax exposure, the possible deletion of beneficiaries that may have been important to the settlor, and even a distortion of, or worse, a diversion from the original trust purposes.

Such an approach, therefore, can be dangerous, if not reckless, and just the opposite approach is often better.

That is, having in mind the purposes of the trust, and using history as a guide, the settlor and the professional should attempt to reasonably anticipate the powers that would likely assist in carrying out the trust purposes which would be better held in the hands of someone other than the trustee. For instance, a very common power given to protectors is the power to remove and replace trustees. To give this power to one or more beneficiaries is not usually conducive to an objective evaluation of whether a trustee should or should not be removed, since many beneficiaries would hasten to remove a trustee who didn’t accommodate their every wish, or at least accede to what the powerholder/beneficiaries decided were “reasonable” requests. Further, there could be serious U.S. tax ramifications where a beneficiary has such a power(13). Similarly, the power to add or delete beneficiaries would obviously be best if held by a party outside the trust, as would the power to amend the dispositive provisions of a trust (with the caveats observed in the tax discussion below). On the other hand, the power to amend the trust’s administrative provisions could be held by either the trustee or a protector.

While there is no “standard” set of powers to be given to the protector, depending upon the wishes of the settlor and the aggressiveness of the attorney, the following is a list of powers commonly seen in whole or in part in trusts which utilize a protector (note that not infrequently only one or two such powers may be included, most commonly the power to remove and replace trustees and the power to veto or advise on investments)(14):

- remove, add, and replace trustees
- veto or direct trust distributions
- add or delete beneficiaries
- change the situs and governing law of the trust

#### Note:

(12) For an extensive list of possible powers, some of them admittedly undesirable, see Antony Duckworth, *Protector – Fish or Fowl?*, Journal of International Trust and Corporate Planning, Vol. 4 No. 3, (December 1995) (hereinafter “Duckworth”).

(13) Treas. Reg. § 20.2041-1 and discussion *infra*.

(14) This is by no means a recommended schedule of powers. In fact, an uninformed use of some of these powers can lead to undesirable legal and tax ramifications as discussed *infra*.

- veto or direct investment decisions
- consent to the exercise of a power of appointment
  - determine whether an event of duress has occurred
  - amend the trust as to administrative provisions
  - amend the trust as to dispositive provisions
  - approve trustee accounts
  - terminate the trust.

A restriction overriding the extensive array of powers that may be conferred on the protector is, of course, the public policy issue, and this common law restriction applies whether the granted power is fiduciary or personal (as discussed below). While it is apparent that the protector clearly cannot be given a power to further an illegal purpose, it may not always be so apparent when public policy questions arise. For instance, could the protector be given the power to prevent any beneficiary from seeing a copy of the trust? Or to exculpate a trustee for failure to account? Or the power to deny a beneficiary the right to an accounting? Clearly such powers offend the very premise of a trust and would likely be struck down(15).

As observed, although it is a great temptation to include extensive protector powers in order to be able to deal with future problems and unforeseeable circumstances, it may become a question of whether what we are really looking for is a “substituted settlor”, giving the protector the collective power to completely redraft the trust at any time and from time to time. Such a result challenges the very concept of the role of the settlor, if not the trust and the trustee as well. One respected author stated, for instance, “The assent of the protector has the effect of making the trustees not responsible for their actions. This turns the figure of the trustee upside down and makes him in substance an agent”(16).

Thus, when considering the powers to be given the protector, the most serious consideration should be given to the realistic purposes of the trust and a reasonable selection of classes of beneficiaries, and these should be reflected in the language specifying the protector’s powers, with restrictions or stated wishes, if necessary, designed to keep the exercise of the powers within the desired goals of the settlor. Otherwise, the settlor could run the risk that her assets could effectively end up in “someone else’s” (i.e., the protector’s) trust.

## § 5. What is the relationship between the protector and trustee?

To a great extent the answer to this question (the protector vis a vis the trustee) depends upon whether the protector is deemed to be a fiduciary, a critical issue and one discussed in greater detail below. This is because if and to the extent the protector is not a fiduciary, or to put it more precisely, if the power in question held by the protector is a personal power rather than a fiduciary power, then the trustee’s position vis a vis the protector will be virtually reversed. That is, an individual holding a personal power cannot be forced to exercise it and in fact need not even consider whether to exercise it. And if he does exercise such a power, he may do so on a whim, or even for a spiteful or malicious reason, so long as he does not commit a fraud on the power(17). Therefore, a trustee who must in some way consider or react to a personal power is under no duty to look behind the exercise (or non-exercise), or review the motives for or reasonableness of its exercise, so long as the terms governing the exercise have been satisfied(18).

On the other hand, if the protector’s powers are fiduciary, which is much more likely the case, then the trustee is in a far more delicate and responsible position, and the delicacy of the position will be increased where the applicable provision contains an exculpatory clause (as it often does), such as words to the effect that: “The trustee shall not be held liable for acting or for not acting in following the directions of the protector pursuant to the powers given the protector hereunder.” Even a brief reflection on the import of such a provision quickly reveals how troublesome and misleading such language can be in a fiduciary setting.

Would one assume from this statement, for instance, that a trustee can freely follow a protector’s direction which appears patently improper with respect to the trust purposes though technically

Note:

(15) Duckworth, *supra* note 12, at 137.

(16) Maurizio Lupoi, *Trusts, A Comparative Study*, at 258 (Cambridge University Press, 2000).

(17) Geraint Thomas, *Thomas on Powers*, (1st ed. Street & Maxwell 1998); *Pitman v. Pitman*, 50 N.E.2d. 69 (MA 1943).

(18) *Restatement (Second) Property* § 18.2 (1986).

## Saggi

within the protector's powers? And is a trustee exculpated if such trustee proposes an improper act which is only carried out because the act was given the required consent of the protector? In a case illustrating the point (that one fiduciary may be responsible for the actions or inactions of another), an individual co-trustee had veto power over investments, and the corporate co-trustee was held liable for not seeking court instructions where the individual co-trustee repeatedly refused to consent to a sale of securities as proposed by the corporate trustee, resulting in a loss of nearly all the trust corpus(19). But compare this with: 1) a Georgia statute providing that where a trust gives an advisor the authority over trust investments, the trustee shall be exonerated from responsibility for any losses resulting from following the advisor's instructions, and 2) a British Virgin Islands statute providing that a trust may contain provisions requiring the trustee to obtain the consent of a person, "and if so provided in the instrument the trustees shall not be liable for any loss caused by their actions if the previous consent was given"(20). Clearly, the purpose of such legislation is to give recognition to the settlor's choice of advisor and relieve the trustee of having to second guess every investment or other decision made by the advisor. Whether statutes of this sort would exculpate a trustee who carries out a patently improper investment, distribution, or other act, however, remains to be seen. The Georgia statute, for instance, makes an exception if the trustee acts with "reckless indifference" to the interests of the beneficiaries(21).

The concept of a trust "advisor" to direct trust investments has become so widespread and accepted that a considerable number of states have adopted statutes similar to those of Georgia exculpating a trustee for following the directions of a trust investment advisor(22). Interestingly, these statutes generally relate quite specifically to investments, but is there any reason that the same standard of care should not be extended to any power of direction given to an advisor? Would it be reasonable to assume, for example, that a power to remove and replace trustees or to add and delete beneficiaries, would enjoy the same exculpatory relief for a trustee? If so, the trustee could simply stand by while the advisor (or protector) exercised clearly bad judgment, and neither would have any liability.

In fact, it is not at all so clear that a trustee's

duties to the trust may be so easily eliminated. An absolute exculpation, as suggested in some statutory language relating to trustees' liability in following the direction of a protector or advisor(23), regardless of the circumstances, would be repugnant to the very concept of a trust and would undoubtedly be against public policy. One commentary appropriately stated: "Exculpatory clauses should be held against public policy if they allow the liability to fall somewhere between the trustee and the holder of the power [i.e., the advisor or protector], and leave the beneficiary without any remedy for mismanagement of the estate"(24). Thus, there has to be some fundamental duty of the trustee to see that the advisor or protector is exercising his authority in a reasonable manner that is in the best interests of the beneficiaries(25).

In view of this, it would appear that regardless of the extent of the powers of the protector and the extent of exculpatory language relieving the trustee of duty or responsibility, the trustee must nevertheless recognize and honor his fiduciary obligations and question the protector where called for. If we were to hold otherwise, the very premise of the trust would fail, and to paraphrase Professor Lupoi, the trustee would not be a trustee at all but rather an agent for the protector(26), with no responsibility to the beneficiaries.

It is also quite significant to note that the Uniform Trust Code completely agrees with this position. Section 808(b) provides that, "If the terms of a trust confer upon a person [other than the settlor of a revocable trust] power to direct certain actions of

### Note:

(19) *In re Cross*, 172 A. 212 (N.J. 1934), (reversed on other grounds) 176 A. 101 (N.J. 1935). See also Scott, *supra* note 2, § 185, at 574.

(20) GA. Code Ann. § 53-12-194(c), (1991); British Virgin Islands, Trustee (Amendment) Act § 86 (1) (1993).

(21) GA. Code Ann. § 53-12-194(a) (1991).

(22) Scott, *supra* note 2, § 185, fn. 20.

(23) See e.g., S. D. Codified Laws Ch 55, § 55-1B-2 (1997).

(24) *Directory Trusts and the Exculpatory Clause*, 65 Columbia Law Review 138, 151 (1965).

(25) See e.g., *Directory Trusts and the Exculpatory Clause*, 65 Columbia Law Rev. 138 (1965); *Liability of a Trustee Where Control Over His Acts or the Trust Property is Vested in Another*, 28 Cornell Law Quarterly 239 (1943); Cronin, G., *Effectiveness of Exculpatory Clauses in Directory Trusts*, Trusts & Estates, November 1959.

(26) *Supra* note 16.

the trustee, the trustee shall act in accordance with an exercise of the power unless the attempted exercise is manifestly contrary to the terms of the trust or the trustee knows the attempted exercise would constitute a serious breach of a fiduciary duty that the person holding the power owes to the beneficiaries of the trust”(27). Thus, unless the protector’s powers are personal (and not fiduciary), a trustee who blindly complies with a protector’s direction cannot be exculpated, even though the trust language expressly attempts to do so, if the protector’s directions clearly conflict with the purpose of the trust, the role of the trustee, or the interests of the beneficiaries.

### § 6. Who may serve as protector, and, once and for all, is the protector a fiduciary?

The reason these issues are posed together is that in some cases, one may depend on the other. For example, say that the protector is given the power to add or delete beneficiaries, without restriction, and in the first instance, the settlor names his daughter as protector. Pursuant to the power, the daughter proceeds to delete her siblings and their issue from the pool of beneficiaries and adds her spouse and children as beneficiaries. Under these circumstances it is likely that the settlor would have contemplated that the daughter could and in fact might well exercise the power in such a way, and so the power would be considered a personal power and the daughter’s exercise would be appropriate. On the other hand, say that the settlor’s attorney was named protector and given the same power. Would it be appropriate for the attorney to delete the settlor’s children and grandchildren as beneficiaries and substitute his own? In the latter case, of course, unless expressly stated otherwise, the power would not be construed as a personal one, and the attorney would clearly have a duty to consider the intentions of the settlor and the purpose of the trust, in a fiduciary capacity. Any exercise of the power that benefited the attorney in such a case, directly or indirectly, would be invalid as a breach of fiduciary duty as well as a fraud on the power(28). On the other hand, in cases where the settlor is the protector(29) it would have to be concluded that the power is a personal one, since it would be little different, depending on the extent of the power reserved by the settlor, from a power reserved by the

settlor to amend or revoke the trust without restriction(30).

It should be clear, then, that as to the question of whether the protector should be viewed as a fiduciary, some considerable inference can be drawn from the settlor’s choice of protector (as well as successor protectors), in addition to the particular powers granted. As a general rule, if the appointed protector is a beneficiary or a person who would likely be an object of the settlor’s bounty and there is no language or facts to dictate otherwise, then to the extent the exercise of a particular power could benefit the protector, there is likely to be a presumption that it is a personal power(31). If the protector is someone in an advisory capacity to the settlor, or an otherwise disinterested party, or someone the settlor would be unlikely, under normal circumstances, to name as a beneficiary, the power will likely be a fiduciary one(32). If the power is deemed to be a fiduciary power, then it imposes a duty on the person accepting the power to consider whether or not to exercise it, and such consideration and the resulting decision must be impartial and motivated by what the fiduciary, in this case, the protector, believes to be in the best interests of the beneficiaries; not the settlor, not the trustee, and most certainly not the protector himself. Of course, an obvious way to avoid the question would be to include appropriate language in the trust, perhaps simply providing that the protector’s powers must be exercised in a fiduciary capacity.

Unfortunately, just the opposite appears to be the common approach. That is, many drafters have come to believe that the inclusion of language to the effect that the protector shall not be deemed to be a fiduciary will conclusively settle the question. This is a little like saying, “regardless of what type of animal walks through these gates, it will be deemed to be a

.....  
Note:

(27) Uniform Trust Code § 808(b) (2001).

(28) *Restatement (Second) Property*, § 20.2 (1986).

(29) *Federal Trade Commission v Affordable Media, LLC.*, 179 F3d 1228 (9th Cir. 1999).

(30) David Hayton, *English Fiduciary Standards and Trust Law*, 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Trust Law*, Vol. 32 555, 585 (1999).

(31) *Rawson Trust v. Perlman*, Bahamas Supreme Court, 25 April 1990.

(32) Uniform Trust Code § 808(d) (2001).

## Saggi

horse". While such a statement is bound to be correct at some point if enough different animals pass through the gates, why would we not want to correctly identify each animal, or in this case, each protector, and each power? And as a general rule, most attorneys would have to admit that despite language denying fiduciary status, the huge majority of protectors are in fact intended and expected to exercise their powers for the furtherance of the trust and not for themselves. In fact, the proposed Uniform Trust Code states the point quite clearly: "A person, other than a beneficiary, who holds a power to direct is presumptively a fiduciary who, as such, is required to act in good faith with regard to the purposes of the trust and the interests of the beneficiaries"(33).

The attempt of some practitioners to have it both ways is undoubtedly to prevent potential protectors from being "scared off" by the assumption of possible liability, which is the same reason for the language exculpating a trustee for submitting to the powers of the protector. Other than that concern, however, and where the power is not a personal one, it is truly a challenge to understand why a settlor would grant extensive powers to an individual (or committee) for any purpose other than to see to the objective and thoughtful carrying out of his wishes in establishing the trust. What would be the sense of it? If, for instance, a protector is given the power to change the situs and governing law of the trust, would anyone conclude that the power was given so that the protector could arbitrarily and for no apparent reason shift the situs from one jurisdiction to another just for the fun of it? Or would it rather be that while the settlor felt the original jurisdiction seemed a good choice at the inception of the trust, being unable to foresee the future he wanted to allow for a change of jurisdiction if it appeared to be in the best interests of the beneficiaries and the trust?

And what about the power to remove and replace trustees? Couldn't that be some sort of neutral power that is neither fiduciary nor personal in nature, as many attorneys seem to think? This very issue was raised in a 1994 case heard in Bermuda. In *Von Knieriem v Bermuda Trust Co., Ltd.*(34) a protector was given the power to remove and replace the trustee, the Bermuda Trust Company (BTC). BTC as trustee was asked to vote shares it held in favor of the settlor remaining on the board of directors of the subject company. Before complying, BTC

understandably wanted additional information as well as time to consider it, but the impatient protector decided not to risk receiving a negative response and exercised its power to remove BTC as trustee, appointing a successor corporate trustee. BTC, concerned over the possibility of facing a breach of fiduciary duty claim by the beneficiaries, questioned the protector's actions and petitioned the court for instructions before it would turn over the shares. (Note that at the same time, the protector petitioned the court asking that BTC be ordered to transfer the shares to the successor trustee.)

In its consideration of the case, the court centered on the key questions of whether the protector was a fiduciary, or at least whether the power to remove and replace the trustee must be exercised in a fiduciary capacity. In addressing these issues, the court first noted that it would depend on the facts of the particular case and in some respects on the nature of the power. In this case the court pointed out that the power to remove and replace trustees was viewed to be essential to the integrity of the trust and the interests of the beneficiaries (when would it not be?), quoting (in part) from an English case, stating, "The power of appointing trustees [...] imposes on the person who has the power [...] the duty of selecting honest and good persons who can be trusted with the difficult [...] duties which the trustees have to perform. He is bound to select to the best of his ability the best people he can find for that purpose"(35). Finding, therefore, that the position was a fiduciary one, as was the duty to select a suitable successor trustee, the court concluded that the protector's selection was reasonable and approved the protector's exercise of the power(36).

Another situation arguing convincingly in favor

---

### Note:

(33) *Id.*

(34) *Von Knieriem v. Bermuda Trust Co. Ltd.*, 1 BOCM 116 (Bermuda High Court 1994).

(35) *In re Skeats Settlement*, 42 ChD 522, 526 (1889).

(36) See e.g., Wadham, James, *Willoughby's Misplaced Trust*, at 150 (2d. ed. Gostick Hall Publications 2002); and Penny, Andrew, *Rights and Powers of Trust Protectors: Rahman Revisited*, *Jrnl of Int'l. Corp. & Trust Planning*, Vol. 4 No. 1 April 1995. It is interesting to note that the protector in the *Von Knieriem* case was, in fact, acting more for the settlor than he was for the beneficiaries, since the underlying issue was the upcoming corporate vote to allow the settlor to remain on the board of the company whose shares were held by the trust, and some trust analysts have taken issue with this.



of fiduciary status is where the position of protector is established as an office, as it is with the trustee, rather than as the appointment of an individual *per se*. That is, where the trust provides for the office of protector, including the appointment, removal, and resignation of a protector, the appointment of one or more successor protectors, the powers and compensation of the protector, etc., it would be extremely difficult, at best, to refute the argument that the powers attach to the “office” rather than to the individual holding the office. Such a structure would unquestionably require the office-holder to act reasonably and not for personal motives, having in mind the obvious purpose behind the creation of the office: to protect the integrity and carry out the purposes of the trust. When one considers the extent of the powers often given the protector over the trust, the trustees, and the beneficiaries, evidence that the powers are personal rather than fiduciary would have to be overwhelming and near incontestable before a court would refuse to interfere, especially where the effect of the protector’s acts or refusal to act could clearly conflict with the purpose of the trust or the purpose of the protector’s appointment in the first place.

In the Canadian case of *In Re Rogers*, for instance, the relevant instrument provided that the trustee was prohibited from acting on a certain investment (shares of stock in a particular company) without the advice of a named individual (effectively, a protector). No successor “protector” (called an “advisor” in the instrument) was provided for, and the settlor gave the power to him “exclusively”. Further, the provision granting the power expressly released the trustees “from all liability for any action that may be taken” at the protector’s request. After the settlor’s death, the protector acquired, for his own account, shares of the same company held by the trust and entered into negotiations with other parties that conflicted with the interests of the trust in that investment. In effect, the protector wanted to be able to sell his shares but withhold his consent to a sale of the trust shares by the trustee if it affected his (the protector’s) sale. The trustee petitioned the court to intercede, since it desired to sell the shares held in the trust and distribute the proceeds to the trust beneficiaries (the children of the settlor), but pursuant to the power given to the protector, the trustee was prohibited from negotiating on its own without the protector’s consent. If the power were

truly a personal power, the protector, who was otherwise unconnected to the trust, would have been free to withhold consent, as he did, even though such withholding of consent would have been detrimental to the beneficiaries. In fact, the protector did assert to the court that his power to give or withhold consent was “conclusive” (i.e., personal), and therefore, the court had no authority to override it. The court disagreed, and in directing that the trustee could act without the protector’s required consent, the court stated, “to contend that the so-called control over the management of the estate given him [the protector] can hamper or limit the power of the Court to advise the trustees and to give directions for the due administration of the estate is to place Beaton [the protector] in the extraordinary and quite unknown position of a sort of super-trustee who is neither responsible to the trustees or the beneficiaries nor subject to the control or direction of the Court”(37).

In sum, and at the risk of oversimplification, if the protector was in fact appointed to “protect”, then he has to be regarded as a fiduciary as to the powers falling into that category and he cannot be released from his obligations merely by language stating the contrary. If he accepts the position knowing the powers granted him, he must consider whether or not to exercise those powers, and he must act reasonably, having in mind the interests of the trust and the beneficiaries – it is not like deciding whether to read a newspaper or go to the movies.

## § 7. Professional Protectors.

With the advent of the position of protector and in apparent recognition of the numerous issues associated with it, a number of “professional” protectors have surfaced. It is becoming fairly common for corporate trustees, attorneys, and law firms in the various offshore jurisdictions to make themselves available to act as trust protector for an annual fee. The fee is usually a nominal one for “stand-by” services, with the understanding that it is to cover correspondingly nominal involvement. Where the protector is required to become actively involved, the fees will increase in proportion to the

Nota:

(37) *In re Rogers*, 63 O.L.R. 180 (Ontario 1928).

## Saggi

services rendered. In the customary case, the trustee will recommend one or two professional protectors with whom they are familiar. In addition, we are now seeing some formally structured organizations which hold themselves out as professional protectors. Typically, these are organizations which are also qualified to act as trustee, but where a trustee is already named, they offer protector services. Of course, it is not necessary that the protector and the trustee be in the same jurisdiction. Such organizations can offer independent and experienced protector services anywhere in the world(38).

Some advantages of naming a professional protector organization, as opposed to an individual, include continuity of services (they are not vulnerable to deaths, moves, retirement, or disability, as an individual protector would be), and collective knowledge and experience of the groups who run the entities. Depending upon the success of entities such as these, it is likely we will see more and more of them as time passes.

In any event, it ought to be clear that the engagement of a professional protector can only serve to buttress the position that the protector owes fiduciary duties to the trust and its beneficiaries. It would be difficult if not preposterous to argue that the professional protector was being paid a fee for “protecting,” i.e., carrying out duties such as removal and replacement of trustees, amendment of the trust, distributions to beneficiaries, change of situs, and the like, but had no fiduciary duty to anyone.

In regard to attorneys or accountants as logical choices for protectors, this may be acceptable from the settlor’s standpoint, but in view of the suggested exposure to fiduciary liability, is it a good idea for the attorneys and accountants? As to attorneys, many are surprised to discover (hopefully not too late) that their malpractice policy may not cover them for fiduciary positions such as trustee, and undoubtedly, most insurance companies would consider the position of protector (and its related exposure) similar to that of a trustee.

Accordingly, attorneys or accountants who are interested in acting as protectors would be wise to obtain confirmation that such activities are covered by their professional liability policy (and they should also be sure to insist on inclusion of provisions in the trust for reimbursement and indemnification of the protector by the trust, as discussed later), as it would not be at all unusual or unexpected for a disgruntled

beneficiary to sue the protector along with the trustee.

The case referred to above is one of the rare United States cases against trust protectors, *Thornbrook International v Rivercross Foundation, et.al*(39). In that case, brought in Illinois district court, the settlor/beneficiary of a revocable trust transferred several millions of dollars to the trustee, with special provisions relating to the investments. The trust also provided for a protector, who entered into a written contract, agreeing, among other things, to ensure the trustee’s compliance with the trust provisions. The settlor/beneficiary subsequently notified the trustee of its decision to revoke the trust and requested distribution of funds. The trustee failed to make full payment and the settlor/beneficiary sued both the trustee and the protector, among others.

### § 8. Can the protector’s fiduciary duty be legislated away? Or drafted away? Or both?

As we have noted more than once, many drafters attempt to simply draft away the protector’s fiduciary responsibility by simply stating in the document that the protector is not a fiduciary. As we have also noted, unless the power is a personal power, just wishing (and drafting) won’t make it so. It would be little different from providing that the trustee shall have no fiduciary duty in administering the trust. But what if the governing jurisdiction itself passes legislation that expressly exculpates a protector and states, as a matter of law, that unless otherwise provided in the document, the protector is not a fiduciary? Will that make it so?

We observed earlier that the relevant law of the Cook Islands, one of the first of its kind, states:

“(4) Subject to the trust instrument, a protector of a trust shall not be liable or accountable as a trustee or other person having a fiduciary duty to any person in relation to any act or omission in

#### Note:

(38) See e.g., Codex Treuhand AG, Liechtenstein, Tel: +423-388-2000, email: office@codextrust.com; Marxer & Partner, Rechtsanwälte, Liechtenstein, www.marxerpartner.com, tel: +423-235-8181, email: peter.Marxer@marxerpartner.com; Walch & Schurti, Liechtenstein, Tel: +423-237-2121, www.walchscurti.net; Asiatic Trust Pacific Limited, Cook Islands, www.asiaciti.com.

(39) See, e.g. *Thornbrook International Inc. v. Rivercross Foundation, et. al.* case no. 03 C1113, (U.S. Dist. Ct. Il. 2003).

performing the function of a protector under the trust instrument”(40).

In other words, according to the letter of the Cook Islands law, if we say nothing in the trust about the protector being a fiduciary, then he is simply not a fiduciary in respect “to any act or omission” in serving as a protector. And if, in addition, we have language in the trust that states the protector shall not be deemed a fiduciary, then it would appear we would have a double denial of liability and therefore apparent absolute protection of the protector from any liability for a breach of what are unquestionably fiduciary duties. Could it be that simple? Does the statute really mean any act or omission? Surely, it would undermine the very foundation of trust law to so conclude, when by every common law account and analysis the basic fiduciary duty of a trustee, or of one who is deemed to be akin to a trustee by virtue of his relation to the trust and the beneficiaries (such as a protector), is an inseparable part of the fundamental concept of a trust. As one English justice aptly put it, “there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees, there are no trusts”(41).

Nevertheless, here is the picture we are expected to blindly accept: we have a protector whose only basis for not being treated as a fiduciary is that the trust language says he is not, and we also have governing law that says he is not; and say there is also governing law that says the trustee is completely exculpated for following the protector’s directions (discussed earlier). Clearly, there has to be something wrong with this picture, for if we do accept it, what, then, do we have? Certainly not a trust, as the judge stated in *Armitage v Nurse* quoted above, since there would be no liability of any of the fiduciaries to the beneficiaries. And would any experienced trust counsel in the United States (or any other common law jurisdiction) believe that a court would not reach the same conclusion as the English judge in *Armitage v Nurse*, despite governing law and trust provisions that attempted to provide to the contrary?

To make matters worse, it appears that the same fundamentally bankrupt approach is being followed here in the U.S. by several states. Take, for instance, the relevant South Dakota and Idaho statutes (in this part referred to as “the U.S. statutes”)(42). The two U.S. statutes define a trust protector as a

“disinterested third party”(43). This in itself is quite interesting, since it immediately suggests a party who has nothing to gain by exercising the powers of a protector, which in turn suggests that such powers are unlikely to be “personal” powers. In fact, the definition of “fiduciary” under these statutes specifically includes a trust protector or advisor “who is acting in a fiduciary capacity.” Another section of the respective statutes provides that the powers and discretions of the trust protector “may in the best interests of the trust be exercised or not exercised [...]”. Further, in the definition section, the U.S. statutes define a trust “advisor” as “the grantor or other fiduciaries” who are given exclusive powers. Thus, the clear inference, if not clear provisions, in the U.S. statutes strongly suggests that the position of protector or advisor is by its very nature a fiduciary position. Unfortunately, and as a sad testimony to the drafters’ignorance of the underlying law, the whole issue is then left to chance and abandonment by a subsequent provision which states that an advisor (which by definition includes a protector) will be considered to be a fiduciary, “unless the governing instrument provides otherwise”(44).

The U.S. statutes also contain a new, made-up (and disturbing) designation referred to as the “excluded fiduciary.” An excluded fiduciary is “any fiduciary excluded from exercising certain powers under the instrument which powers may be exercised by a trust advisor or a trust protector”(45). The excluded fiduciary is then expressly exculpated under the statutes from any liability for loss that results from any act or failure to act (by the excluded fiduciary) that is in compliance with the direction of the protector or advisor holding such powers. Typically, the excluded fiduciary would be the trustee of the trust!

Accordingly, under the U.S. statutes it appears that with a few poorly chosen words exculpating

Note:

(40) *Supra* note 4.

(41) *Armitage v. Nurse* (1998) Ch. 241 (C.A.).

(42) *Supra*, note 1.

(43) See Idaho Code § 15-7-501(1)(e); S.D. Codified Laws § 55-1B-1(2).

(44) S.D. Codified Laws § 55-1B-4; Idaho Code § 15-7-501(4).

(45) Idaho Code § 15-7-501(1)(a) (2003); see also, S.D. Codified Laws § 55-1B-1(5) (2006).

## Saggi

both the protector and the trustee, combined with an array of powers granted to a “disinterested” protector, an uninformed though perhaps well-meaning drafter can totally eliminate all fiduciary duty associated with a trust. Are they serious?!

If this were truly possible, we would all be in deep trouble. While it has been observed that the form and content of the offshore protector statutes were largely motivated by concerns of local practitioners and the economic interests of local trustees, this should certainly not be the case for any U.S. statute addressing the subject. As suggested above, this author strongly believes that the legally unsound approach taken by the U.S. statutes is uninformed if not embarrassing, and they simply would not be upheld under the foregoing circumstances if and when challenged in court.

This is not at all to say that either a trustee or a protector or both could not be exculpated so long as they act in good faith and are not motivated by an improper purpose or act with reckless indifference to the interests of the beneficiaries. In fact, we have seen that a trustee can be exculpated within certain guidelines, and there is no basis for concluding that a protector who is acting in a fiduciary capacity could not be exculpated to the same extent. Under widely accepted and tested public policy rules, however, neither can be exculpated absolutely, whether by the document or by statute, if we are still to have a trust(46). In this regard, courts have repeatedly recognized the principal that the law “determines a point beyond which the parties cannot agree to relieve a trustee from liability for breach of a trust duty. For instance, a trustee cannot contract for immunity from liability for acts of gross negligence or for acts done in bad faith. Such contracts are invalid because repugnant to law”(47).

### § 9. Is the protector subject to court supervision?

If the protector is a fiduciary, and in most cases it is clear that he will be, then it must necessarily follow that he would be subject to the supervision of the appropriate court(48). Such supervision would presumably include the power of the court to surcharge a protector and even to remove or appoint a protector to fill a vacancy under appropriate circumstances. In a 1995 Isle of Man case, that very issue was presented to the court. In *Steele v Paz*,

*Ltd*(49), a trust provided that the protector of the trust was to consent to the selection of beneficiaries, and was to consent to all distributions to beneficiaries. The problem was that no protector was named, nor was there a provision in the trust to name one. Thus, the very function and purpose of the trust was effectively frustrated by the absence of a protector or a mechanism to appoint one. And so, a petition was filed by the trustee asking the court to declare the trust invalid. Of course, if the question before the court had been whether the trust would be allowed to continue without a trustee, it is common knowledge that the court would simply appoint a trustee under the well-settled legal maxim. But what about the case of a trust, the purpose of which is dependant not on the appointment of a trustee but of a protector, which fails to name one or provide for the appointment of one? That was exactly what occurred here, and the court decided that the protector’s powers in this case were fiduciary powers; the protector was therefore a fiduciary, and it was clearly within the court’s power to appoint a fiduciary rather than abandon the trust. Accordingly, the court appointed a protector to carry out the purpose of the trust.

The *Freiburg* case is a further indication of the courts’ inherent jurisdiction over a protector(50). In that case the provisions of the trust appointed a protector and provided for his removal but only in limited situations. The named protector was convicted of stealing from the trust funds and, after serving a prison sentence, he disappeared. Unfortunately, the terms of the trust did not dictate that a vacancy would occur in such a case, so technically, the thief remained as the named protector and, under the terms of the trust, could not be removed. The trustee therefore applied to the court for an order removing the protector. The primary question before the court was whether the court had jurisdiction over the protector and therefore, over the office of protector (and perforce, the related trust provisions).

#### Note:

(46) Scott, *Supra* note 2 § 222.3.

(47) *Browning v. Fidelity Trust Company*, 250 F. 321, 325 (3rd cir. 1918).

(48) *Supra* note 37.

(49) *Steele v. Paz, Ltd*, Manx LR 102 426 (High Court, Isle of Man 1993-95).

(50) (Re The Freiburg Trust) *Mourant & Co. Trustees Limited v. Magnus and others*, (Royal Court of Jersey, 2004) JRC056.

In its opinion containing an affirmative answer to the foregoing the court stated,

“A protector is in the position of a fiduciary and the court must have power to police the activities of any fiduciary in relation to a trust whether he be called a protector or indeed by any other name. Such a jurisdiction is a necessary incident of the duties to protect the interests of the beneficiaries [...], and to ensure that the wishes of the settlor are respected”.

And further,

“It would be quite unconscionable and unthinkable that this court should have no jurisdiction to remove a protector who was thwarting the execution of a trust or who was otherwise unfit to exercise the functions entrusted to him by the trust instrument”.

It is quite interesting to note the international attention and extensive commentary that followed the decision in *Steele v Paz*, which was undoubtedly because a court formally acknowledged the critical role of the protector, where the protector was viewed as a fiduciary. What may be, or in this case should be even more interesting, at least to U.S. practitioners, is that we had our own *Steele v Paz* case right here in the U.S. fifty-seven years before *Steele v Paz*!

In *Gathright's Trustee v Gaut*(51), Emma Gathright provided in her will that her executor/trustee could not sell any property or make future investments without the consent of two individuals (i.e., advisors or protectors). If either failed to act, he was to be succeeded by a judge of the local court. One of the named advisors died, and of course, none of the local judges wished to be placed in the position of an advisor to a personal estate. On appeal to the Kentucky Court of Appeals the court first formally acknowledged that all of the judges of the local court declined to act and that the advisors in this case were clearly to serve in a fiduciary capacity, observing that “equity will not permit the trustee or advisory duties specified in the will to fail for want of [an] advisory ‘trustee’ to exercise [the advisory duties]”. Accordingly, the court ordered the appointment of a successor advisor so that the 1938 trust could be carried out, just as the Manx court did in the 1995 “landmark” case of *Steele v Paz, Ltd.*

As to the right to surcharge a protector who is regarded as a fiduciary, this would certainly follow if it is agreed that the courts have supervision over protectors as fiduciaries. In the United States the question has actually been answered through the courts’ treatment of trust “advisors”, a position used

fairly often in this country, and although not normally thought of as a “protector”, it clearly amounts to exactly that, as observed earlier. Further, the position of trust advisor has almost invariably been held to be a fiduciary position, demanding a duty of “loyalty and impartiality”(52). And as one Harvard Law Review commentary observed in addressing the responsibilities of a trust advisor who is not a trustee, “No less care will be expected of an advisor with such [investment] powers than of the trustee himself, and the advisor should be surchargeable for failure to direct investment prudently”(53). In an illustrative case, a Florida testator named a bank in Minnesota (his previous home) as “managing advisor” of his estate, requiring that the Florida executor (also a bank) could act only as directed by the Minnesota bank. This arrangement apparently allowed the Minnesota bank to participate in the estate settlement process as an “advisor”, even though it was not authorized to act as executor under Florida law. As it happened, the beneficiaries of the estate felt that certain losses incurred by the estate were the result of the failure of the Minnesota bank to act on a timely basis, and they sued the advisor bank for the losses. The federal district court held (and the circuit court of appeals affirmed in principal) that the advisor could be liable for losses resulting from negligent acts committed by the advisor within the applicable period of limitations(54).

In some respects, it should be reassuring to the settlor and to the beneficiaries that the protector who is a fiduciary will be subject to the review and supervision of the court, despite those situations which purport to dispense with any fiduciary liability. The *Rogers* case, discussed earlier, is a good example of the value of court supervision, as in that case the protector refused to give the trustee his consent to act in a case where it was in the protector’s (but not the beneficiaries’) best interests to do so. Despite the trust provision giving “exclusive” powers to the protector, the court

Note:

(51) *Gathright's Trustee v. Gaut, et. al.*, 124 S.W.2d 782 (KY 1939).

(52) Scott, *supra* note 2, at sec. 185.

(53) *Trust Advisors*, 78 Harvard Law Review 1230, 1231 (1965).

(54) *Warner v. First National Bank of Minneapolis*, 236 F.2d 853, (8th Cir. 1956), (*cert. denied*) 352 U.S. 927 (1956).

## Saggi

override the provision by dispensing with the required consent of the protector. And although in *Steele v Paz* the issue was whether the court had the authority to appoint a protector, there should be no question that if there was a protector and he refused to act, the court would have taken it upon itself to remove the protector and appoint another, because in that case no trust distributions could be made to beneficiaries without the protector's consent. Thus, if the court took no action in such a case, the result would have been the same as if there was no protector (or no trustee), and the trust would fail, since its terms could not be carried out. It was quite appropriate, therefore, that the court refused to allow the trust to fail for want of a fiduciary.

### § 10. What are the rights of the protector?

An interesting and important question that necessarily follows the fiduciary issue is whether the protector, if deemed to be a fiduciary, has the rights of a fiduciary, and if the protector is not a fiduciary, whether he has any rights at all. If the protector's powers are personal, then even though his duties and responsibilities to the trust or to the beneficiaries are practically non-existent, he nevertheless would have the right to information necessary to knowledgeably exercise the power, as well as the right to enforce a properly exercised power. For instance, a protector who is given the personal power to appoint income or principal would certainly have the right to obtain a trust accounting showing the income and corpus of the trust that is subject to the power. Similarly, if the protector had the (personal) power to add or delete beneficiaries, he would have the right to see the trust instrument to determine the nature and extent of all beneficial interests. On the other hand, a protector whose powers are personal clearly should not have the right, for example, to petition the court for fees or expenses, or to employ advisors at the expense of the trust, or to question a trustee's performance or selection of investments, or a beneficiary's right to distributions, because the power is a personal one and not for the furtherance of the trust.

If and to the extent the protector is considered to be a fiduciary, however, it should necessarily follow that he has at least some of the rights of a trustee, but due to the paucity of cases on the subject, the extent of such rights is not entirely clear. Despite this, some rights would have to be implied, and

there are a few cases which are helpful and seem to recognize such implied rights. For instance, in the *Von Knieriem* case<sup>(55)</sup>, the court considered an action brought by the protector to force the removed trustee to transfer the trust assets to the new trustee appointed by the protector. In a United States case, a trust protector was approved by the court as a plaintiff in an action against a trustee for breach of trust<sup>(56)</sup>. In neither of these two cases did the court suggest that the protector, since he was not a trustee, had no standing to exercise the right of a fiduciary to petition the court or prosecute a case. Instead, it appeared that both courts readily accepted the fact that the protector, as a fiduciary, had standing to bring the action, even though he was not a named trustee. And if that is the case, then it must follow that the protector, as a fiduciary on behalf of the trust, would clearly have the authority to engage legal counsel at the expense of the trust, and also could receive a reasonable fee for his own (fiduciary) services.

But how far would the protector's rights extend? For instance, shouldn't the protector (who is a fiduciary) be entitled to seek an order: for compensation? or for indemnification by the trust? for expenses incurred in the performance of his duties? to employ agents? to redress a trustee? Once again, to paraphrase the *Von Knieriem* court, it will depend upon the circumstances of the case, the nature of the powers, and the language governing the protector, but in one U.S. decision, the court clearly acknowledged the protector's right to remove a trustee and seek an accounting and a possible surcharge of the previous trustee<sup>(57)</sup>.

There may be some actions that might be beyond the implied powers of a protector in carrying out his function (such as the right, without express authorization, to employ agents), but other rights should be apparent. For instance, if a protector is acting on behalf of the trust pursuant to the powers given him, there should be little or no question that he is entitled to reasonable compensation and reimbursement for his reasonable expenses as would

#### Note:

(55) *Von Knieriem*, 1 BOCM 116 (Bermuda High Court 1994).

(56) *Sheldon, et. al. v. The Trust Company of The Virgin Islands, Ltd.*, 535 F. Supp. 667, 671 (D. Puerto Rico 1982).

(57) *Id.*

any fiduciary, and although one leading commentator seems to take some issue with this(58), courts at least in the United States and offshore have unequivocally upheld the right of a non-trustee who was deemed to be a fiduciary to receive compensation for services and expenses reasonably incurred in carrying out his duties(59). In the *National Bank of Portland* case, for instance, a decedent established a testamentary trust for the benefit of his spouse and child, naming a corporate trustee. In addition, the trust named another bank, not as trustee but as a consultant or advisor (or protector) to approve “all changes in investments or new investments” proposed by the named trustee. One of the main issues of the litigation was whether the consultant bank was entitled to fees and expenses, particularly the expenses of the litigation.

In addressing this issue the court first examined the nature and extent of the duties of the consultant bank. It observed that although the bank was not technically a trustee, the bank’s role was expressly “for the protection of the beneficiaries,” and therefore the bank was a fiduciary, “having responsibilities analogous to those of a trustee and subject to control of a court of equity”. Accordingly, even though the consultant bank was not a trustee, the court affirmed the consultant bank’s entitlement to fees and expenses in the performance of its duties as a fiduciary.

It is important to note here that the law regarding a fiduciary’s right to reasonable compensation for services rendered on behalf of a trust differs substantially between the U.S. and the UK (and therefore, the jurisdictions which follow UK law). As explained above, a fiduciary in the U.S. always has the right to reasonable compensation, while in the UK, the fiduciary (e.g., trustee) has no right to compensation (with certain exceptions) unless specifically provided for in the instrument. Thus, as discussed below in greater detail, appointment of a protector, particularly in the UK or sympathetic jurisdictions, should always be accompanied by inclusion of all related provisions in the trust, especially including those allowing compensation and reimbursement of expenses.

Following the above reasoning, and with the possible exception where UK law is strictly applied, unless the protector’s powers are purely personal, it would be difficult to argue that an authorized person, especially one characterized by the trust or by the court as a fiduciary, should not be compensated for services and reimbursed for reasonable expenses for

acting in furtherance of the trust. Furthermore, as with any fiduciary, whether in an express or implied position, and even under UK law, the court has inherent jurisdiction to award costs and compensation where appropriate. In fact, where the protector is deemed a fiduciary and fees are allowable, it should follow that he would have a lien on the trust assets for his reasonable fees and expenses(60).

### § 11. What are the U.S. tax implications of the role of protector?

First, whether or not the settlor is the protector, little if anything will change from the standpoint of U.S. income or estate taxes. This is because for income tax purposes section 679 of the tax code causes the offshore trust to be treated as a grantor trust as to the settlor if there are any U.S. beneficiaries. As to estate taxes, in virtually all cases, since the offshore trust is typically irrevocable, the settlor will retain a special testamentary power of appointment over the trust property to avoid making a completed gift on transfers to the trust(61), which in turn will cause the trust property to be included in the settlor’s estate(62). Thus the basic tax results, except as noted below, are that the typical offshore trust is ignored both for income and estate tax purposes.

When dealing with protectors other than the settlor, the question of whether there will be tax consequences on the granting of powers to a protector depends to a considerable extent upon whether the power is personal or fiduciary, and if personal, whether the power is over income or principal and whether it can be exercised in favor of the protector or for his benefit(63). If the exercise

#### Note:

(58) Anthony Duckworth, *Protector – Fish or Fowl Part II*, 5 *Journal of International Trust & Corporate Planning* 1, 24 (1996), (*hereinafter*, “Duckworth, Part II”).

(59) *United States National Bank of Portland v. First National Bank of Portland*, 142 P.2d 785 (Oregon 1943).

(60) Scott, *supra* note 2, at § 242.3.

(61) Treas. Reg. § 25.2511-2(b).

(62) IRC § 2038.

(63) For a more detailed discussion of the tax implications of powers of appointment, see Alexander A. Bove, Jr., *Powers of Appointment – More (Taxwise) Than Meets the Eye*, *Estate Planning*, Vol. 28 No. 10 (October 2001).

## Saggi

can benefit the protector, and if the power is over principal, the power is likely to be treated as a general power of appointment granted to and held by the protector, and, depending on the remaining provisions of the trust, the protector may be treated as the owner of the property for U.S. estate tax purposes(64). In either event, where a foreign trust is involved, IRC section 679 will treat the settlor as the owner of the trust for income tax purposes. If the power cannot be exercised by the protector for himself or for his benefit, then the power will be treated as a special power, and with limited exception, there would be no gift or estate tax consequences to the protector regardless of whether the power is personal or fiduciary. An exception to this would be where the protector is also a beneficiary of the trust and the power is exercised by the protector in a manner which causes a reduction of benefits that would otherwise be paid to the protector/beneficiary(65).

If the power is held in a fiduciary capacity but could nevertheless be exercisable in favor of the protector or for his own benefit, it could result in negative U.S. income and estate tax consequences for the protector possibly on the death of the protector or after the death of the settlor, unless the power is limited by an "ascertainable standard"(66). Note that in the typical case utilizing a protector, a settlor would almost never specify a standard, such as "health, education, maintenance, and support," and therefore, when a power can benefit the protector, there is the risk that the protector could face unwanted tax consequences after the death of the settlor just by holding the power. In addition, if the protector is deemed to have been given a general power of appointment because he could name himself as sole beneficiary, this would be treated as a completed gift by the settlor to the extent of the funding of the trust(67), although the income tax consequences would not change during the settlor's lifetime(68). Nevertheless, this author believes that where the power, both by inference and fiduciary duty, could not be exercised in favor of the protector or for his benefit, even though not specifically restricted in its language, the power would not be held to be a general power, and adverse tax consequences would not result. For instance, as illustrated earlier, if the settlor's attorney or other professional advisor were given the power to add or delete beneficiaries or to amend the dispositive provisions of the trust, this

certainly would not suggest that the attorney or advisor could delete the settlor's children and insert his own, or amend the trust to give the advisor's spouse a power of appointment. Therefore, despite the lack of an "ascertainable standard", the protector who is a fiduciary generally should not be deemed to possess a general power of appointment for U.S. tax purposes(69).

There could, however, be adverse estate tax consequences to a protector who could not exercise the power for his own benefit but could exercise the power in favor of someone to whom the protector owed a legal obligation of support. In such a case the property would be included in the protector's estate for estate tax purposes, unless the power is clearly subject to an ascertainable standard or the equivalent as explained above(70).

In view of the foregoing, then, for tax purposes one should be cautious about appointing a spouse, children, or other close relation as protector with powers to benefit the protector himself or his dependents, because in such cases the inference may well be that the power is a personal one, and the attendant adverse tax consequences would follow.

### § 12. What special drafting issues are brought into play along with a protector?

One commentator has stated, "the strongest criticism of trust protectors is that their involvement complicates the trust administration and makes it more expensive"(71). And materials given to settlors

.....  
**Note:**

(64) Internal Revenue Code (IRC) § 2041(a).

(65) Bove, *supra* note 63, at 500, and note the exception that would apply in certain jurisdictions where a special power is exercised in a manner that would postpone vesting beyond the applicable rule against perpetuities. See IRC § 2041(a)(3).

(66) IRC § 2041(b); Treas. Reg. § 20.2041-1(c)(2), and IRC §§ 674(b)(5) and 674(d).

(67) Treas. Regs § 25.2511-2.

(68) IRC § 678(b).

(69) See *e.g.*, *Matter of Stillman*, 433 N.Y.S. 2d 701 (1980). Further, some states prohibit or restrict the exercise of such a power for the powerholder's benefit, *e.g.*, N.H. Rev. Stat. Ann. § 564-A:3(IV) (2000), and *Allan v. Nunnally*, 180 F.2d 318 (5th Cir. 1950), citing New York law.

(70) Treas. Regs. § 20.2041-1(c)(1).

(71) Duckworth Part II, *supra* note 58 at 32.



and their attorneys by a Gibraltar trust company include the statement, “Arguably a protector can give greater security but this also creates a greater administrative burden for the trustees, and consequentially increases costs. Use of a protector can also result in some delay in the trustees exercising their powers and discretions whilst the consent of the protector is sought.”

Both comments may be correct, but the administrative issue is only one factor in considering a protector in the first place, and any such complication and expense can definitely be lessened by the inclusion of well thought-out and carefully drafted trust provisions which make clear the protector’s rights and responsibilities in dealing with the trustee and the beneficiaries, the rights and responsibilities of the trustee in dealing with the protector, and the rights of the beneficiaries in dealing with both. That is to say, if as typically intended, the role of the protector results in avoiding the need for the trustee to repeatedly petition the court for instructions, and avoiding expensive litigation between the beneficiaries and trustees, and in expediting important functions of the trust, among other things, then the modest added expense would be well worth it.

For instance, unless the protector’s powers (or any of them) are intended to be purely personal, why complicate matters and generate needless expense by declaring that the protector shall not be a fiduciary? And why leave open the question as to whether a protector (who is a fiduciary) is entitled to reasonable fees and expenses? Or whether he can employ agents to help carry out his responsibilities? Or whether he can seek indemnification from the trust before acting? Or engage tax counsel to determine the consequences of his acts? Or whether he is entitled to access to all trust records, documents, and accounts? Even in cases where the protector’s powers are limited, it would seem that consideration of every one of the foregoing issues would eliminate otherwise unavoidable questions and therefore expense. Thus, they should each be addressed in drafting provisions relating to the protector.

In addition, the more apparent questions must be thoughtfully covered, including appointment of a successor protector in the event the current protector ceases to serve for any reason, as well as removal of a protector, if desired. The appointor (or remover) could be the former protector, the settlor

and/or his spouse (having in mind the tax ramifications), the trustee, the beneficiaries, or an outside party (sort of a protector second level), or even a committee, or a professional protector, as discussed earlier. The appointed protector or successor who accepts the position should either sign the trust or so indicate in writing. A practitioner must always be mindful that some of these choices may have tax and/or fiduciary ramifications. Other drafting issues include what constitutes the protector’s consent when such is required, and in the case of a veto power, when may the trustee act if the protector does not respond? Typically, veto provisions allow the trustee to act if a protector does not overtly veto a distribution or transaction, or if the protector does not respond within a specified time (e.g., thirty days) after notice to the protector of the proposed distribution or transaction. And should every transaction by the trustee be subject to the protector’s veto or consent? Consideration should be given to allowing the trustee to administer the trust without such disruption and only require approval in larger or significant transactions (e.g., over a specified dollar amount, or on the sale of certain property or closely held business interests).

With regard to the veto power, one approach that is commonly taken with which this author strongly disagrees, is where the trust gives the protector (who has veto or consent power) the authority to give the trustee a blanket consent to all actions taken by the trustee unless and until such *carte blanche* is withdrawn by the protector. If the power in the protector is a fiduciary power (which it is very likely to be and which would then require the protector to consider whether to veto or give consent in each case), why would not such a blanket consent be a *prima facie* breach of fiduciary duty by the protector? And what would be the trustee’s exposure for accepting and acting on a blanket consent? This blanket consent arrangement does little more than render the protector impotent, contradicting and defeating the very purpose of the appointment of a protector by the settlor, and yet it does not seem to stop drafters from including such a provision.

The trust should also contain provisions allowing the trustee to act during any period where there is no protector serving, as could happen where a protector dies or becomes incompetent and a successor is not

## Saggi

quickly appointed. Further, the trust should provide (which few trusts do) that a protector may resign the office, and how this is accomplished.

### § 13. A “Springing” Protector.

It is interesting to note that in many trusts where a protector is appointed, the protector simply “stands by,” waiting to be called to action. Despite the stand-by position, however, the protector still charges a fee (for standing by), and his very presence invites the question of whether, as a fiduciary, he should take the initiative to take some action.

For those drafters who wish to avoid exposure to this expense and potential complication and who, therefore, do not wish to have a protector presently, but who understand the need for one may arise in the future, there is a solution. The trust could be drafted omitting the appointment of a protector for now but allowing for the appointment of one in the future. The author’s firm successfully uses and recommends a provision be included in the original version of the trust allowing for a “springing” protector, preferably one who is not a person or entity in the U.S. Such a provision would give the trustee (or some other person) the power to appoint a protector for the trust where none existed previously, thus filling the position. The provision could allow for the appointment of a protector for a specified period of time or permanently, or give the trustee the power to remove and replace protectors, or revoke the appointment. Such a provision should include all the necessary terms and conditions for protector powers, compensation, length of appointment, removal and/or replacement, etc. Attention to all of these issues will enhance the flexibility, integrity, and asset protection qualities of the offshore trust, without the need to fill the position before it is necessary.

This is neither a required list nor an exhaustive review of all drafting issues involved, since the particular circumstances surrounding the trust in question and the reason for having a protector may generate fewer or additional considerations in each instance. Nevertheless, it should be clear that neither the position of protector nor the drafting issues relating to the position should be treated casually, nor should “sample” language proposed by other attorneys or manuals be blindly accepted, particularly that old familiar (and misleading) language which declares

that the protector is not a fiduciary and that neither the protector nor the trustee is liable so long as the trustee follows the protector’s direction.

### § 14. Conclusion.

When one considers the reported case law on the subject, knowledgeable commentary, the history of fiduciary law, and the very purpose of having a protector, the question of the true role of the protector should hardly be a question at all. At the outset, the very choice of the term “protector”, is suggestive. As one justice put it, “It seems to me that it would be wrong to entirely neglect the terminology involved. The word ‘protector’ seems to me to connote a role for the person holding that position even before one considers the detailed provisions relating to it. A ‘protector’ is, presumably, one who ‘protects’. But what is he to protect?”<sup>(72)</sup> In the document in question, the protector was referred to as a “protector of the trust” (or as we customarily say, the “trust protector”), and in this regard, the court stated, in answer to its own question, “It is, therefore, the settlement that he is obliged to protect”<sup>(73)</sup>.

As such, then, the protector can serve a critical function “outside” the trust while acting in conjunction with the trustee to enhance the carrying out of the settlor’s wishes, but not without responsibility to interested parties if the protector breaches his duty. In such a role he can introduce flexibility and respond to future needs and changes that a trustee could not or would certainly be reluctant to do. In this context, then, the position can be uniquely useful and should definitely be considered in any trust where such flexibility and outside consultation is indicated, especially where the trust is anticipated to extend considerably into the future, including, for instance, dynasty trusts, special needs trusts, purpose trusts (where protectors are required<sup>(74)</sup>) or business succession trusts.

.....  
**Note:**

<sup>(72)</sup> *Steele v. Paz, Ltd.*, Manx LR 102 426 at 119-120 (High Court, Isle of Man 1993-95).

<sup>(73)</sup> *Id.*

<sup>(74)</sup> Alexander A. Bove, Jr., “The Purpose of Purpose Trusts,” Chapter 9, *Asset Protection Strategies Volume II*, (Bove, Ed. American Bar Association 2005).

At the same time, however, we as legal advisors and drafters must not be vague about the role of protector or ignorant of the ramifications of the position, as that is often what has proved to be the real source of the problems. Perhaps, then, we should take a lesson from the character Humpty Dumpty when he said to Alice, “When I use a word, it means just what I choose it to mean – neither more nor less”(75) so

that when we decide to utilize the position of a protector in a trust, let us present it in a thoughtful way to insure that the position is deemed to be just what we choose it to be – neither more nor less.

Nota:

(75) Lewis Carroll, *Through the Looking Glass*, Chapter VI (Macmillan 1871).

## La collana “Quaderni” di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**  
*traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl*
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**  
**tra dottrina, prassi e giurisprudenza**  
*a cura di Stefano Buttà*
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**  
*di Andrea Vicari*
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**  
*Dal 1899 al 2006*
- **5 - Leggi tradotte - II**  
*traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas*
- **6 - Trust: opinioni a confronto**  
**Atti dei Congressi dell'Associazione “Il Trust in Italia”**
  - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
  - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*  
di prossima pubblicazione
- **7 - La Legge di Malta**  
*di E. Berti-Riboli e M. Ganado*
- **8 - La Legge di Jersey**  
*di M. Lupoi, E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi*

Saggi

# La prohibition de la fiducie-libéralité: pourquoi une telle démesure?

di François Tripet

Questo articolo nasce in seguito all'emissione del rapporto della commissione legislativa del Senato, che ha modificato la proposta di legge sulla fiducia, per indagare le ragioni di una delle disposizioni in essa contenute, volta a vietare la fiducia-liberalità. La sanzione prevista per l'utilizzo della fiducia a scopo di liberalità è la nullità ed è di ordine pubblico. L'autore dell'articolo esclude una serie di possibili ma non convincenti motivazioni alla base del severo divieto – dalla sovrapposizione con figure analoghe già esistenti nell'ordinamento francese, alla possibile confusione con il trust, all'armonizzazione con le disposizioni fiscali dello stesso tenore. Il movente non sembra unico né univoco, sebbene la principale preoccupazione del legislatore appaia evitare l'aggiramento ovvero la violazione della disciplina fiscale sulle donazioni. L'autore invita peraltro a riflettere sulla tendenza che rivela il divieto in esame, e che lo trascende, ovvero sia la tendenza verso l'oggettività del diritto anglosassone, il quale mostra maggior capacità di adattarsi rispetto alla prospettiva soggettiva dei paesi civilistici, prospettiva che, interpretando il rammarico dell'autore, è diventata un angolo ottuso da cui si vede solo se stessi.

La Commission des lois du Sénat a confié au sénateur Henri de Richemont le soin d'analyser et de modifier les dispositions de la proposition de loi du sénateur Philippe Marini, instituant la fiducie.

Au terme d'un travail complexe, dont il faut souligner la qualité technique, la Commission propose d'introduire dans notre droit positif, la fiducie aux fins de sûreté ou de gestion qui permettra, en particulier, au secteur français de la banque-finance-assurance, de se doter d'un instrument compétitif par rapport au trust anglo-saxon.

Il n'est pas question ici de commenter les dispositions positives de cette proposition de loi qui feront, à n'en pas douter, l'objet de nombreux articles dans les prochains mois.

Le présent propos est de s'interroger sur la portée et les conséquences d'une prohibition introduite dans la proposition de loi, visant à interdire toutes utilisations de la fiducie à des "fins de libéralité".

Traditionnellement, trust et fiducie se voient reconnaître trois applications:

- application en vue de transmettre un patrimoine à titre gratuit (donation ou succession);
- application en vue de gérer un patrimoine et, le cas échéant, de le transmettre à titre onéreux;
- application en vue de garantir des créances.

La proposition de loi envisage d'instituer la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté et, au lieu de se contenter de ne pas traiter de la fiducie-libéralité, d'interdire formellement l'utilisation de cette dernière.

Si l'on en croit le rapport du sénateur Henri de Richemont, les raisons de cette prohibition tiennent au fait que la fiducie-libéralité présenterait moins d'intérêt compte tenu de la consécration récente:

- du mandat à effet posthume de l'article 812 du Code civil,
- de la libéralité graduelle, désormais licite (article 1048 du Code civil),
- de la libéralité résiduelle, désormais élargie (article 1049 du Code civil).

Rappelons brièvement que le mandat à effet posthume permet de donner à une ou plusieurs personnes le mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés. Ce mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de l'héritier ou du patrimoine successoral. Il ne peut être donné que pour une durée n'excédant pas deux ans, prorogable

#### Note:

François Tripet è avvocato in Parigi e Presidente dell'International Academy of Estate and Trust Law.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in Gazette du Palais, 21 ottobre 2006. Ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

Mentre queste note andavano in stampa, è stata approvata la legge 19 febbraio 2007, n. 211 che ha istituito la *fiducie*.

une ou plusieurs fois par décision du juge. Toutefois, il peut être donné pour une durée de cinq ans, prorogable dans les mêmes conditions, en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer des biens professionnels. Il doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant.

Il est permis de douter que le mandataire à titre posthume puisse soutenir la comparaison, en termes d'efficacité, avec le trustee: ce dernier est propriétaire fiduciaire du patrimoine qui lui a été confié, parfois pour une période englobant plusieurs générations, et dispose du pouvoir de gérer et de vendre, sous réserve d'avoir à répondre du devoir de prudence et du devoir de loyauté devant le juge.

Le mandataire à titre posthume n'est qu'un simple administrateur temporaire de biens.

Les libertés graduelles qui s'apparentent à la substitution fidéicommissaire jusqu'alors prohibée, permettent à une personne de léguer des mêmes biens à une seconde, ces biens étant transmis au décès de cette dernière à une troisième: il est désormais possible, pour le grevé, d'abandonner (sous réserve des droits des créanciers) au profit du second gratifié, la jouissance du bien ou du droit objet de la libéralité.

De leur côté, les libéralités résiduelles ouvrent la possibilité de transmettre à titre gratuit des éléments d'un patrimoine à une personne qui sera tenue, par la suite, de transmettre les biens restant de ce patrimoine à une troisième personne. Toutefois, le premier gratifié n'a pas l'obligation de gestion du patrimoine à l'égard du second gratifié. Il peut vendre les biens qui lui ont été transmis.

Là encore, il est permis de douter que les mécanismes très limités et précaires des droits des gratifiés finaux que constituent les libéralités graduelles et les libertés résiduelles, puissent soutenir la comparaison, en termes d'efficacité, avec le trust qui conduit, sur le long terme, à mettre les biens et droits dans un patrimoine d'affectation à l'abri des créanciers (hormis le cas de fraude à leurs droits constitués préalablement à la mise en trust) et de laisser au trustee des pouvoirs suffisamment vastes et souples pour lui permettre de s'adapter à toutes les situations (avantage considérable dans un monde qui légifère sans désespérer et dont la durée de vie des lois a été raccourcie de moitié en cinquante ans).

Pour justifier la prohibition de la fiducie-libéralité, le rapporteur de la Commission des lois du Sénat avance une dernière raison.

En prohibant le droit de gratifier, par l'entremise

d'une fiducie, des associations et fondations d'utilité publique, on croit pouvoir sauvegarder la législation sur le mécénat, telle que développée par la loi du 23 juillet 1987: on sait que cette loi permet aux personnes physiques ou morales d'affecter de manière irrévocable des biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général.

Là encore, il est permis de douter de la raison avancée pour justifier la prohibition de la fiducie-libéralité. En effet, le trust charitable ou à but non lucratif possède une efficacité que nul ne peut sérieusement lui contester, en raison principalement de ce que sa constitution et sa gestion échappent totalement à l'emprise des pouvoirs publics (mais bien évidemment ne peut se soustraire pour autant à la censure du juge en cas de mauvaise gestion). En revanche, l'étroite tutelle que la puissance publique française continue d'exercer sur les associations et fondations d'utilité publique explique en large partie - en dépit de mesures récentes un peu plus libérales - la modestie du phénomène de mécénat dans notre pays.

En réalité, la vraie raison de la prohibition de la fiducie-libéralité apparaît au détour d'une phrase figurant en page 48 du rapport du sénateur Henri de Richemont: "*Cette interdiction permettra d'éviter que la fiducie soit utilisée dans le seul but de détourner les règles relatives aux libéralités et à la dévolution successorale*".

Voilà bien une affirmation étonnante qu'on se garde d'illustrer.

Avant même que la fiducie ne soit créée, on lui prête le dessein de "détourner" les règles du droit des libéralités et des successions. C'est un procès d'intention puisque, par définition, nul n'a pu voir à l'œuvre une fiducie... frauduleuse puisque la fiducie... n'existe pas encore!

Voudrait-on, par ce biais, condamner par avance les trusts accusés d'opérer des transmissions à titre gratuit en "détournement" des règles du droit français des libéralités et des successions? La critique serait vaine puisque le rapport de la Commission des lois du Sénat, dès les premières pages (p. 11) précise que "la fiducie" devra être nettement distinguée du "trust": en clair, le trust et la fiducie sont deux institutions cousines répondant à des règles de fonctionnement distinctes de sorte que les dispositions applicables à l'un ne sont pas revendicables par l'autre et réciproquement.

De toute façon, il faudrait préciser les fameux "détournements" allégués: s'agit-il, par exemple, de l'atteinte à la réserve légale?

## Saggi

Le juge français n'a pas attendu la proposition de loi sur la fiducie pour intervenir énergiquement sur les utilisations frauduleuses du trust dans ses effets en France: l'arrêt de la première chambre de la Cour d'appel de Paris du 10 janvier 1970 (Consorts de Ganay, voir note Malaurie, D, 1972, J, p. 122 à 127) rappelle que le trust est un anglicisme respectable dont les effets ne peuvent porter atteinte aux seules règles de l'ordre public français, tandis que la Cour de cassation sanctionne lourdement (Cass. 1re civ., arrêt Caron du 20 mars 1985, Bull. civ. I, n° 103, p. 93), la tentative de modifier les règles impératives de dévolution par le recours frauduleux à un trust.

En d'autres termes, la prohibition de la fiducie-libéralité, aux seules fins d'éviter l'utilisation sporadique de mécanismes frauduleux, est d'autant moins nécessaire que l'arsenal législatif et jurisprudentiel français est largement suffisant pour y faire face.

Il est, du reste, étonnant que le rapport de la Commission des lois du Sénat n'ait pas mentionné des lois étrangères, telle que la loi de l'état de Louisiane qui articule de façon très satisfaisante les impératifs de la réserve légale avec les spécificités du trust. On retrouve des articulations également heureuses dans la loi du Québec.

Surtout, on s'étonne que le risque de "détournements" puisse être sérieusement envisagé lorsque l'on découvre, dans le projet de loi instituant la fiducie:

- que le fiduciaire ne peut être qu'une personne réglementée sous la haute tutelle des pouvoirs publics (en pratique banques et compagnies d'assurances, article 2014 du Code civil),

- que le secret professionnel, y compris celui des avocats, n'est pas opposable à l'administration en cas de fiducie (article L 96 F du Livre des procédures fiscales),

- que le constituant et le fiduciaire doivent être résidents d'un État de la Communauté européenne ou d'un État ayant conclu avec la France une convention fiscale prévoyant notamment de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale (article 13 du projet de loi), ce qui exclut les personnes résidant dans un paradis fiscal (Monaco inclus!),

- qu'enfin, tout acte de fiducie initial ou modificatif doit être enregistré publiquement dans les trente jours et qu'un registre national des fiducies doit être tenu.

En bref, aucun des motifs avancés n'est suffisant ou convaincant pour justifier une telle prohibition des fiducies-libéralités.

Force est donc de chercher plus loin les vraies raisons.

La proposition de loi a cru devoir inclure dans son dispositif un article L 64 C du Livre des procédures fiscales ainsi rédigé:

*"Sans préjudice de la sanction de nullité prévue à l'article 2013 du Code civil, les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale au sens de l'article 792 bis du Code général des impôts, et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts et taxes dus par l'une quelconque des personnes parties au contrat ou en tenant des droits, ne peuvent être opposés à l'administration, qui est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse".*

Cet article fait pendant au nouvel article 792 bis du Code général des impôts ainsi rédigé:

*"Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale, de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciés à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes, mentionné au tableau III de l'article 777.*

*Pour l'application des dispositions mentionnées à l'alinéa précédent, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage".*

Le dispositif fiscal va donc bien au-delà de la prohibition civile énoncée dans l'article 2013 du Code civil selon laquelle *"le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public"*.

En pratique, la nullité civile du contrat serait assortie, sur le plan fiscal, de la perception de droits de mutation à titre gratuit au taux de 60 % et d'une pénalité pour manœuvre frauduleuse de 80 % de ces droits, non pas pour le cas d'une utilisation de la fiducie à des fins de libéralités (puisqu'elle est frappée de nullité) mais pour une tentative d'utilisation à de telles fins.

Ce nouveau dispositif, extraordinairement lourd de conséquences répressives, implique que, pour assurer la validité d'un contrat de fiducie, le bénéficiaire de la fiducie - lorsqu'il n'est pas le constituant lui-même - justifie d'une contrepartie équivalente en va-

leur à la valeur des biens qui lui seraient transmis par le fiduciaire au terme du contrat.

Quand on sait que, aux termes mêmes d'un contrat de fiducie passé entre le constituant et le fiduciaire, le bénéficiaire y est extérieur, sinon étranger, on mesure tout de suite l'in vraisemblable précarité de la situation de dénouement d'un contrat de fiducie ou l'administration fiscale subodorerait une transmission-libéralité passible d'un impôt dissuasif (60 %) et d'une sanction confiscatoire de 80 % de 60 % soit 48 %, (donc au total... 108 %) au motif que la transmission serait jugée "sans contrepartie équivalente", alors même que le bénéficiaire est étranger au contrat en cause dont il n'est que... le bénéficiaire!

Le sénateur Henri de Richemont a raison de souligner, en page 48 de son rapport, "*qu'en tout état de cause, le juge devra examiner au cas par cas, dans le cadre de relations contractuelles indépendantes, l'existence et la valeur de la contrepartie apportée par le bénéficiaire du contrat de fiducie*": c'est en réalité à une authentique inflation de situations contentieuses que nous invite la prohibition des fiducies-libéralités.

Du reste, le rapporteur poursuit plus loin (p. 75 de son rapport): "*L'administration fiscale, constatant l'existence d'une libéralité, taxera le bénéficiaire à 108 % indépendamment de la sanction civile de la nullité (le bénéficiaire versera donc au fisc un montant un peu supérieur à la valeur d'un patrimoine... qu'il ne possédera même pas si la nullité civile du contrat est prononcée). Dans la mesure où il résultera d'une décision judiciaire, le prononcé de la nullité du contrat de fiducie intervenant dans une situation libérale, interviendra par la suite. Au cas où le juge ne prononcerait pas la nullité de cet acte, les droits perçus par l'administration fiscale devront être restitués*".

Le législateur est donc parfaitement conscient du caractère assurément démesuré du mécanisme de prohibition qu'il propose d'instituer.

En réalité, le mécanisme des sanctions fiscales est indépendant des raisons qui ont été avancées pour l'instituer: on se souvient que le rapport de la Commission des lois du Sénat dit la préoccupation que lui inspire les risques de "détournements des règles de libéralités et de succession": or, ce motif ne peut prévaloir lorsque le constituant est une personne morale et/ou lorsque le bénéficiaire est une personne morale puisqu'aux termes de la loi, les personnes morales sont des fictions organisées. Le rapporteur du Sénat souligne, du reste, que les utilisations non patri-

moniales du trust représentent 90 % des créations trustales, dans le monde anglo-saxon.

Notons, enfin, que la proposition de fiducie, sur amendement du gouvernement, ne prévoirait de réserver la capacité de constituant qu'à des personnes morales.

Par ailleurs, on perçoit mal le fondement moral qui justifierait qu'une personne physique soit sanctionnée fiscalement dès lors qu'elle souhaite transmettre son patrimoine à titre libéral, par l'entremise d'une fiducie, plutôt que par le biais de tout autre mécanisme, alors qu'elle se déclarerait prête à payer l'impôt de transmission à son taux maximum (60%).

Il suffirait que la proposition de loi autorise la fiducie-libéralité en l'assortissant du taux de droits de mutation à titre gratuit entre non-parents au taux de 60 % pour que les atteintes allégués aux intérêts du Trésor public, disparaissent.

C'est donc encore ailleurs qu'il convient de chercher les véritables causes qui justifient la prohibition des fiducies-libéralités.

En réalité, la lecture attentive de l'article 792 bis du Code général des impôts permet de déceler la véritable révolution qui s'opère sous nos yeux et dont la fiducie n'est qu'un intéressant prétexte.

L'article 792 bis dispose "*lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale...*".

En vérité, une intention ne se constate pas mais se déduit de la fin vers laquelle on tend. Le constat vient du latin "*constat*: il est certain" tandis que l'intention vient du latin "*tendere*: tendre vers".

Depuis la promulgation du Code civil de 1804, le droit des mutations à titre gratuit procède du droit civil des libéralités et successions.

En particulier, l'exigibilité des droits de donation est subordonnée à la double condition d'un *animus donandi* et d'un *animus recipiendi*. L'article 894 du Code civil dispose que "*la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*".

En cas de difficulté, il revient donc au juge de constater les éléments objectifs (appauvrissement du donateur, enrichissement corrélatif du donataire) et d'apprécier les éléments subjectifs (intention libérale qui anime le donateur, acceptation par le bénéficiaire de la libéralité qu'il reconnaît lui être faite) pour conclure à la libéralité ou à son absence et, en conséquence, à l'exigibilité ou non des droits de mutation à titre gratuit.

Cet équilibre entre les éléments objectifs et les

## Saggi

éléments subjectifs de la libéralité, n'est pas le fruit du hasard: elle est la marque profonde, pour ne pas dire la marque géniale, du Code civil qui fait de l'autonomie de la volonté humaine son principe essentiel. Martin Heidegger a bien résumé le génie

du Code civil en énonçant que *"les faits que nous constatons n'ont pas la même transcendance que ceux que nous avons voulu"*.

Le véritable enjeu qui se dessine, derrière le débat sur la fiducie, est celui de savoir si la volonté humaine doit l'emporter sur le constat des faits ou si, au contraire, le constat des faits doit en imposer à la volonté humaine.

En effet, l'article 792 bis poursuit: *"pour l'application des dispositions mentionnées à l'alinéa précédent, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle (...)"*.

La proposition de loi instituant la fiducie prend donc clairement position en faveur du constat des faits objectifs (*"transmission dénuée de contrepartie réelle"*) et rend d'un seul coup obsolète deux siècles de jurisprudence où il revenait au juge d'apprécier les faits à l'aune de la volonté humaine, c'est à dire l'intention libérale de donner et l'intention consciente de recevoir à titre libéral.

Désormais, il suffira qu'il y ait une contrepartie absente, voire simplement insuffisante, pour constater la libéralité. L'intention des parties importera peu, la volonté humaine n'aura plus besoin d'être scrutée. Les faits régneront en maître.

Il est piquant de constater que cette révolution nous vient du droit anglais des trusts qui se borne au constat des faits et ne se soucie pas de l'intention - souvent jugée aléatoire - des parties.

La proposition de loi instituant la fiducie n'a bien évidemment pas prévu - car tel n'était pas son objet - qu'à terme coexisteraient, dans notre pays, deux droits des libéralités: d'un côté le droit traditionnel des donations privilégiant l'examen de l'*animus donandi* et de l'*animus recipiendi* et le droit moderne né des difficultés d'application de la fiducie privilégiant le seul constat de l'absence ou de l'insuffisance de contrepartie.

Gageons que la co-existence de ces deux droits sera source de confusion et d'instabilité juridique croissante avant que, selon toute vraisemblance, le droit objectif des anglo-saxons (il est vrai, terriblement efficace) ne terrasse le droit subjectif des civilistes où le primat de l'autonomie de la volonté humaine finit par agacer un nombre grandissant d'autorités.

Il y a vingt ans que le Ministère français des Finances se montre résolument hostile au trust, accusé d'être un "trou noir" où la matière fiscale happée ne réapparaîtrait jamais plus. Ce procès d'intention a commodément fait échouer un projet de loi de février 1992, un avant-projet de loi de 1994 et a bloqué la proposition de loi du sénateur Marini en 2005. Cependant, la pression des professionnels de la banque-finance-assurances, confrontés tous les jours à la compétitivité financière du trust anglo-saxon, finit par avoir raison des blocages du Ministère des Finances, mais non point de ses réticences.

En acceptant finalement de participer à l'aventure de la fiducie, le Ministre des Finances a posé ses conditions, notamment celle de la prohibition des fiducies-libéralités.

Par souci d'efficacité et de réalisme, le Sénat a épousé cette prohibition avec une conviction que d'aucuns trouveront bien chancelante.

Derrière cette prohibition dont il serait regrettable que la démesure de ses conséquences finisse

par polluer tous les mécanismes fiduciaires - mettant ainsi à néant un remarquable travail technique en faveur de la fiducie-gestion et de la fiducie-garantie -, il se dessine une révolution d'une bien plus vaste importance: celle qui voit triompher le droit objectif des anglo-saxons dont l'efficacité n'est plus à démontrer et reculer le génie propre du droit civil qui reste, pourtant la plus belle leçon d'harmonie entre l'homme et la règle.



# Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi *more uxorio*

di Daniele Muritano

1. - Il tema oggetto di tale contributo si inserisce in uno scenario di grande attualità, se pur non nuovo sul piano dell'analisi giuridica, che data a partire dagli anni '50.

È ben noto, infatti, che da più parti si levano richieste nei confronti del legislatore, volte all'emanazione di regole che attribuiscono maggiore dignità giuridica ai rapporti di convivenza, soprattutto, se non esclusivamente, per ciò che concerne i rapporti patrimoniali tra essi intercorrenti(1).

Mentre per ciò che concerne la tutela dei figli naturali vi è ormai una quasi totale assimilazione ai figli legittimi, anche in virtù di interventi giurisprudenziali che hanno progressivamente esteso l'applicabilità ai conviventi *more uxorio* delle norme dettate per situazioni proprie della famiglia legittima(2), nulla di tutto ciò per quanto invece attiene ai rapporti personali e patrimoniali tra i conviventi, come di seguito meglio vedremo.

Compito del giurista non è però quello di dettare le regole, che spetta al legislatore, ma di ricercare ed enucleare la disciplina applicabile a questi rapporti(3).

D'altro canto non può negarsi che il problema della disciplina dei rapporti di convivenza, e non solo *more uxorio*, ha assunto oggi una dimensione internazionale a seguito di varie iniziative a livello comunitario, in relazione alla possibile costituzione, accanto allo "spazio giudiziario comune europeo" di uno "spazio giuridico comune", con l'avvicinamento delle legislazioni sostanziali. Ed è del 1988 la Raccomandazione del Consiglio d'Europa diretta a impedire che i contratti di convivenza vengano considerati nulli dalle relative disposizioni nazionali per il solo fatto di essere stati stipulati tra persone "living together as an unmarried couple".

Molti paesi europei, negli ultimi anni, facendo seguito a tale Raccomandazione, si sono dotati di normative volte a disciplinare il fenomeno delle convivenze, sia etero che omo-sessuali, alcuni procedendo ad una loro equiparazione al matrimonio; altri preferendo forme di tutela autonome e settoriali. Da ultimo la Spagna, com'è ben noto, ha persino

legiferato sul matrimonio tra persone dello stesso sesso(4).

La definizione di convivenza, quindi, presuppone anche scelte di tipo ideologico, dovendosi preventivamente stabilire se il fenomeno vada circoscritto alle sole unioni di tipo sessuale ovvero anche alle c.d. unioni di mutuo aiuto o affetto, scelta quest'ultima adottata dalla Francia, con la legge 99-944 del 15 novembre 1999 sul *Pacte civil de solidarité*.

Nell'ordinamento italiano il fenomeno delle convivenze, laddove è preso in considerazione dalle norme, è limitato a quelle modellate ad imitazione della famiglia legittima.

Il codice civile, con norma che è qualificabile come vero e proprio principio, l'art. 317-bis, nel disciplinare l'esercizio della potestà, prevede, al II comma, che se il riconoscimento (del figlio naturale) è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi.

Gli artt. 408, 410, III comma, 411, III comma, 416 e 417 cod. civ., come modificati dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6, introduttiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno, utilizzano la locuzione "persona stabilmente convivente". In particolare l'art. 417 attribuisce a tale persona la legittimazione

## Note:

Daniele Muritano è notaio in Empoli.

(1) Si apprende da notizie di stampa che il Governo italiano si è impegnato ad approvare un disegno di legge entro il mese di gennaio 2007.

(2) Di recente Corte Cost., 21 ottobre 2005, n. 394, Nuova giur. civ., 2006, I, 1037 (nota C. Murgo), in tema di trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare in favore del genitore affidatario dei figli naturali. L'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario della prole naturale è stata ammessa da Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, Nuova giur. civ., 1998, I, 678 (nota G. Ferrando); Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, Famiglia e dir., 2005, 23 (nota C. Dolcini).

(3) M. Stella Richter, La donazione nella famiglia di fatto, Riv. dir. civ., 2003, I, 143.

(4) Sulle normative europee, cfr. E. Calò, Le convivenze registrate in europa, Milano, 2000; F. Longo, Le convivenze "registrate" nei paesi dell'U.E., Notariato, 2000, 186.

**S a g g i**

a ricorrere per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno(5).

Esistono poi normative settoriali, che prevedono forme di tutela e promozione dei bisogni fondamentali della persona nell'ambito della comunità familiare. Ad esempio, le disposizioni sugli assegni familiari, sulle prestazioni economiche e sanitarie spettanti al lavoratore, sulla tutela della maternità, ed altre ancora più specifiche.

In questo contributo il riferimento sarà ristretto alle sole convivenze *more uxorio*, anche se alcune delle soluzioni proposte potrebbero essere estese anche a convivenze di altro tipo, ove si superi lo schema obbligato delle convivenze fondate *in primis* sui rapporti sessuali(6). In sostanza, come qualcuno ha detto, perché due e non tre(7)?

La regolamentazione dei rapporti di convivenza, in assenza, come detto, di una disciplina organica, è quindi rimessa da un lato alla spontaneità dei conviventi, dall'altro allo strumento negoziale e quindi all'autonomia privata.

L'attribuzione alle parti del potere di regolamentare autonomamente il rapporto è soluzione adottata anche dalle leggi di alcuni paesi dell'Europa continentale, che appunto si muovono nell'area della "negozialità", rifuggendo quindi dall'imporre effetti giuridici conseguenti alla sola sussistenza della convivenza di fatto (soluzione invece adottata da alcuni paesi dell'America Latina).

La stessa dottrina straniera suggerisce ai conviventi di pianificare la loro vita comune mediante la stipulazione di appositi contratti (*cohabitations contracts*, *Partnerschaftsverträge*, *contracts de ménage*), proponendo anche veri e propri modelli e "contratti tipo"(8).

*De iure condito* i rapporti patrimoniali tra conviventi non possono che essere regolati(9) da un contratto, la cui liceità generale è da affermarsi senza dubbi di sorta (diverse potrebbero essere le conclusioni, ovviamente, in relazione a singole clausole). È da escludersi invece, che il contratto possa regolare i rapporti personali, trattandosi di prestazioni non patrimoniali, non deducibili in obbligazione, ostandovi l'art. 1174 cod. civ.

Il contratto di convivenza può quindi definirsi come quello avente ad oggetto "la distribuzione del costo della convivenza tra le parti, il regime degli acquisti durante la convivenza o compiuti in precedenza, ed entro certi limiti la disciplina della rottura di quella convivenza"(10).

La non illiceità di tali contratti è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione fin dal 1993. La Cassazione, 8 giugno 1993, n. 6381(11) ha affermato che la relazione di convivenza *more uxorio* non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità, di un contratto attributivo di diritti patrimoniali collegato a detta relazione in quanto non contrario a norme imperative né all'ordine pubblico né al buon costume, richiamando, a sostegno della tesi, la disposizione dell'art. 317-bis cod. civ. e l'art. 6 L. 27 luglio 1978, n. 392 in materia di locazioni, che com'è noto è stato dichiarato incostituzionale nel 1988 nella parte in cui non prevedeva il diritto del convivente a subentrare nel contratto di locazione stipulato dal proprio compagno in caso di decesso di quest'ultimo(12).

Tralasciando le questioni relative alla concreta redazione di tali contratti, che potrebbero, in relazione a clausole specifiche, presentare profili di criticità, verificheremo entro che limiti gli istituti del trust e dell'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ. possano in qualche modo surrogare i, ovvero affiancarsi ai, contratti di convivenza.

Con particolare riguardo al trust, l'approccio deve essere effettuato con la consapevolezza che si tratta di istituto che presenta sicuramente problemi applicativi, trattandosi di istituto di origine e disciplina straniera che deve inserirsi in modo coerente nell'ambito dell'ordinamento interno.

**Note:**

(5) In tema cfr. U. Roma, Le nozioni di stabile convivenza e di convivenza nella disciplina dell'amministrazione di sostegno, dell'interdizione e dell'inabilitazione, Nuova giur. civ., 2006, II, 456, a p. 504. Sull'amministrazione di sostegno, in generale, cfr. Aa. Vv., L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza, Torino, 2005.

(6) P. Schlesinger, Diritti e doveri della coppia, in F. Brunetta D'Usseaux - A. D'Angelo (curr.), Matrimonio, matrimonii, L'alambiccio del comparatista, collana diretta da M. Lupoi, vol. 2, Milano, 2000, p. 139.

(7) A. De Vita, Note per una comparazione, in F. Brunetta D'Usseaux - A. D'Angelo (curr.), Matrimonio, matrimonii [supra, nota 6], p. 172.

(8) G. Oberto, I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi, Contratto e impr. - Europa, 2004, 19, a pp. 19-21.

(9) Di "regolare" un rapporto giuridico parla proprio l'art. 1321 cod. civ.

(10) Franzoni, Le convenzioni matrimoniali tra conviventi *more uxorio*, Il diritto di famiglia, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, Il regime patrimoniale della famiglia, Torino, 1997, 463.

(11) Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, Nuova giur. civ., 1994, I, 339 (nota P. Bernardini).

(12) Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404, Nuova giur. civ., 1988, I, 518 (nota S. Giove).

La questione di fondo – in definitiva – è se tale istituto sia o meno fornito di una sorta di “valore aggiunto” rispetto agli istituti tipici previsti dall’ordinamento.

In altri termini, compito dell’operatore giuridico, e ciò vale non solo rispetto al tema degli accordi di convivenza, ma in generale, è primariamente quello di verificare se la fattispecie concreta possa essere oggetto di disciplina sulla base della utilizzazione di istituti interni, eventualmente “modulandone” il contenuto in relazione alle specifiche esigenze delle parti, nei limiti consentiti dalla legge. E solo quando la ricerca non è fruttuosa può iniziare a ragionare in merito all’utilizzabilità del trust.

Quanto all’atto di destinazione, ritengo che possano valere analoghe considerazioni, trattandosi di istituto disegnato in modo tale da lasciare ampio spazio all’autonomia privata, a somiglianza del trust. Rispetto a quest’ultimo, peraltro, esso presenta forse maggiori problemi applicativi, mancando ad oggi il formante giurisprudenziale e, soprattutto, della prassi, che invece per il trust è ampiamente disponibile. Ma dell’atto di destinazione si parlerà più avanti.

Prima di svolgere tale analisi è utile ricordare che la giurisprudenza riconduce la convivenza all’istituto dell’obbligazione naturale, sul presupposto che quanto prestato da un convivente in favore dell’altro o nell’interesse comune trovi la propria giustificazione – di regola – nell’adempimento di un dovere di natura morale o sociale, caratterizzato dall’irripetibilità ai sensi dell’art. 2034 cod. civ.(13).

Il richiamo allo schema dell’obbligazione naturale costituisce nell’ambito dei rapporti di convivenza la tutela minimale, e l’unico effetto che producono gli spostamenti patrimoniali attuati da un convivente in favore dell’altro è appunto quello della *soluti tentio*.

Si pone quindi, preliminarmente, il problema della utilizzazione del contratto (di convivenza), dal quale nascono obbligazioni civili, per l’adempimento “indiretto” dell’obbligazione naturale nascente dal rapporto di convivenza(14).

Parte della dottrina infatti ha ritenuto di poter giustificare la liceità delle obbligazioni civili nascenti da un contratto di convivenza sulla base della “corrispondenza biunivoca” di una delle prestazioni (che un convivente si obbliga ad eseguire) con l’altra, sicché l’intenzione di soddisfare il dovere morale rimarrebbe sullo sfondo della dinamica contrattuale, solo come semplice motivo(15); altra parte della dottrina,

ritenendo insoddisfacente tale ricostruzione soprattutto nell’ipotesi in cui la (originaria) obbligazione morale sia posta a carico solo di una parte, ritiene più semplicemente che le obbligazioni nascenti dai contratti di convivenza abbiano causa autonoma e distinta rispetto a quella della o delle obbligazioni naturali originarie a carico dei titolari della relazione di convivenza(16).

A prescindere dell’opinione che si ritenga di seguire, la tesi prevalente è comunque nel senso della validità di tali accordi, sempre che essi non violino il principio inalienabile della libertà personale di ciascuno dei contraenti.

2. – L’accordo tra conviventi *more uxorio* può essere volto sia a disciplinare il rapporto nel periodo di suo fisiologico svolgimento, sia a determinare le conseguenze scaturenti dalla cessazione della convivenza.

È invece da escludersi che esso possa assicurare soccorso economico in caso di decesso di un convivente perché vi sarebbe violazione del divieto dei patti successori, salva una (improbabile) conferma ai sensi dell’art. 590 cod. civ.

A tal fine occorre giocoforza ricorrere a strumenti giuridici diversi, atteso che l’ordinamento non tutela il convivente sotto il profilo successorio.

È utile, pertanto, segnalare alcuni degli strumenti giuridici offerti dall’ordinamento, potenzialmente utilizzabili dai conviventi per regolamentare il loro rapporto.

Tale indagine costituisce un passaggio ineludibile per l’operatore giuridico che si propone, in ipotesi, di utilizzare il trust. Il trust è infatti strumento da maneggiare con molta accuratezza e senza superficialità.

Ne consegue la necessità di informare adeguatamente le parti, alle quali devono essere prospettate,

Note:

(13) A. Spadafora, L’obbligazione naturale tra conviventi ed il problema della sua trasformazione in obbligazione civile attraverso lo strumento negoziale, in A. Moscati – E. Zoppini (curr.), I contratti di convivenza, Torino, 2002, p. 157; G. Oberto, I regimi patrimoniale della famiglia di fatto, Milano, 1991, p. 83; L. Balestra, Le obbligazioni naturali, in Tratt. dir. civ. comm. diretto da A. Cicu – G. Messineo, Milano, 2004, p. 233.

(14) G. Oppo, La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant’anni dopo), Riv. dir. civ., 1997, I, 515.

(15) G. Oberto, I contratti di convivenza [supra, nota 8], a p. 38.

(16) A. Spadafora, Rapporto di convivenza *more uxorio* e autonomia privata, Milano, 2001, 145.

**S a g g i**

prima, le soluzioni giuridiche alternative, evitando quindi la “corsa al trust” sempre ed in ogni caso. Il non avere prospettato una soluzione giuridica più conforme alla sistemazione degli interessi in gioco potrebbe costituire fonte di responsabilità civile ove si dimostri che dall'adozione di una soluzione recepita senza prospettare altro sia derivato un danno che si sarebbe evitato se si fosse adottata una soluzione diversa.

Da notare, inoltre, che secondo la giurisprudenza il dovere di informazione non è coperto dall'art. 2236 cod. civ., in quanto esso ha una specifica autonomia e precede l'effettiva esecuzione della prestazione(17).

Naturalmente, ove le parti insistano nel richiedere l'adozione di una determinata soluzione anche contro il parere del professionista, nessuna responsabilità potrà a lui imputarsi(18).

Il contenuto minimale di un contratto di convivenza potrebbe essere costituito dal mero impegno reciproco di contribuire alle necessità del rapporto tramite la corresponsione periodica o *una tantum* di somme di denaro o di beni determinati, impegno la cui validità non pare contestabile.

Quanto all'applicabilità a tale accordo dell'art. 143 cod. civ. e del correlato art. 160 cod. civ., che impongono l'obbligo di contribuzione proporzionale alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro, esso non pare estensibile in via analogica ai rapporti di convivenza *more uxorio*. È quindi possibile che i conviventi si impegnino a contribuire in misura paritaria pur in presenza di una situazione economica squilibrata(19).

Stipulare un contratto di convivenza avente un tale minimale contenuto è di dubbia utilità e pertanto è caldamente consigliato arricchirne il contenuto con clausole che tengano nel dovuto conto le vicende della convivenza stessa, con particolare riguardo agli eventuali limiti d'ordine temporale ed al correlato profilo delle conseguenze in tema di scioglimento del rapporto, da legare ad eventi ben precisi, quale ad esempio, il mutamento di residenza di uno dei coniugi.

Altro aspetto che potrebbe essere opportuno regolare concerne il regime degli acquisti.

I conviventi potranno, ad esempio, introdurre clausole che riproducano il regime della comunione legale dei beni(20).

Queste clausole non saranno produttive di effetti reali opponibili ai terzi, con particolare riguardo agli acquisti immobiliari, per cui si porrà il problema del-

la tutela del convivente non (formalmente) acquirente a fronte di atti dispositivi posti in essere da parte dell'altro. Il divieto di alienazione ai sensi dell'art. 1379 cod. civ. non pare sufficiente allo scopo, atteso che trattasi di norma che, secondo la tesi prevalente, produce solo effetti obbligatori, e la previsione di una penale a carico del convivente inadempiente all'obbligo di non alienare potrebbe non essere confacente all'interesse dell'altro, rivolto a mantenere (o ottenere) la proprietà del bene (si pensi ad un immobile abitativo), più che a ottenere una somma di denaro.

Quanto alla tutela *post mortem* è anzitutto da escludere, come già detto, che nel contratto possano essere inserite clausole che ne prevedano l'ultrattività degli effetti per il periodo successivo alla morte di uno dei conviventi, trattandosi di clausole che violano il divieto dei patti successori (ad esempio, sarà nulla la clausola con cui ci si obbliga reciprocamente all'istituzione di erede in cambio dell'alloggio e dell'assistenza vita natural durante; ed è da ritenersi nullo anche il testamento attuativo del patto successorio)(21).

Il problema tipico della tutela *post mortem* è costituito dalla necessità di individuare soluzioni che siano caratterizzate da un lato dalla irrevocabilità e, dall'altro, dalla produzione di effetti dopo la morte di uno dei conviventi.

La donazione e il testamento sono carenti di uno dei due effetti (la donazione della produzione di effetti *post mortem*, il testamento della irrevocabilità), e quindi non sufficientemente utili allo scopo.

Può pensarsi allora all'utilizzazione di negozi c.d. transmorte o sotto modalità di morte, nei quali la morte non costituisce “causa” dell'attribuzione ma mero “fatto storico” che condiziona la produzione de-

**Note:**

(17) Cass., 18 giugno 1996, n. 5617, Giur. it., 1997, I, 1, 638, riferita all'avvocato.

(18) È sottinteso che i ragionamenti svolti nel testo coinvolgono, in eventuali situazioni patologiche, profili probatori (come dimostrare, ad esempio, il “consenso informato” delle parti?), che ovviamente non possono essere trattati in questa sede.

(19) Per la tesi contraria, cfr. Trib. Savona, 29 giugno 2002, Famiglia e dir., 2003, 596 (nota G. Ferrando).

(20) Come propone G. Oberto, I contratti di convivenza [supra, nota 8], a pp. 54-55.

(21) G. Bonilini, Il mantenimento “post mortem” del coniuge e del convivente “more uxorio”, Riv. dir. civ., 1993, I, 239, a p. 242.

gli effetti giuridici propri del negozio e della correlativa attribuzione patrimoniale.

Tra questi strumenti rientrano:

- il contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante (art. 1412 cod. civ.);

- l'assicurazione sulla vita a favore del terzo (art. 1920 cod. civ.);

- il libretto di risparmio intestato al convivente con facoltà di prelievo riservata a favore del costituente;

- la rendita vitalizia a vantaggio del convivente o il vitalizio alimentare, escludendo espressamente la facoltà di revoca del beneficio in capo agli eredi del costituente;

- il contratto di mantenimento vitalizio stipulato direttamente tra le parti, dove in corrispettivo della cessione di un bene o di un capitale il vitalizzante si obbliga a corrispondere vitto, alloggio e assistenza medica (contratto atipico in quanto avente ad oggetto prestazioni di fare e non di dare);

Tra gli ulteriori strumenti di tutela *post mortem*, che potrebbero essere utilizzati in sede di acquisto di beni, ve ne sono due di derivazione francese:

- l'acquisto *en tontine*, nel quale la morte di un convivente costituisce condizione risolutiva del trasferimento in suo favore e condizione sospensiva del trasferimento a favore dell'altro (fattispecie considerata peraltro nulla dalla Cassazione per violazione dei patti successori, anche se nella specifica fattispecie pare non fosse previsto automatismo ma mero sorgere di un'obbligazione di ritrasferimento<sup>(22)</sup>);

- l'acquisto incrociato di nuda proprietà ed usufrutto, nel qual caso alla morte di uno dei due acquirenti l'altro acquista la proprietà piena della quota della metà indivisa e rimane usufruttuario dell'altra metà, non perdendo, quindi, la disponibilità del bene.

Rimane, naturalmente, il testamento, che sconta il difetto della revocabilità, per cui ogni convivente deve fare affidamento sul fatto che l'altro non revocherà il proprio testamento<sup>(23)</sup>.

Esso, ad esempio, confezionato in modo da non ledere eventuali diritti degli eventuali legittimari, potrà prevedere legati in favore del convivente:

- legato di proprietà o usufrutto;
- legato di prestazioni periodiche;
- legato di contratto di lavoro subordinato (imponendo quindi all'erede di assumere il legatario);
- legato di contratto di locazione<sup>(24)</sup>.

Alcuni di tali legati, cioè quelli di usufrutto o di

uso, di abitazione o di pensione, o di altra prestazione periodica, potrebbero essere attribuiti esclusivamente per il caso o per il tempo del celibato/nubilato o della vedovanza e quindi cessare nel caso che il (già) convivente si sposi.

Come può notarsi, il panorama degli strumenti utilizzabili è ampio e la fantasia degli operatori potrà sbizzarrirsi nel costruire le pattuizioni più congeniali allo scopo di regolare il rapporto di convivenza e le sue vicende.

3. – Vediamo allora se e come il trust e l'atto di destinazione possono essere strumenti idonei.

Iniziamo con il trust. Va anzitutto precisato che si tratterà, nella quasi totalità dei casi, di trust interno, perché la fattispecie da disciplinare suo tramite sarà un rapporto che non presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano. Evito, naturalmente, di ripercorrere il cammino dottrinale e giurisprudenziale in tema di riconoscibilità di tale figura, rinviando sul punto all'ampia letteratura in materia.

Sul piano metodologico, quindi, procederò assumendo la legittimità del trust interno come un "dato".

Fatta questa premessa, per valutare le possibilità applicative del trust per regolare i rapporti di convivenza occorre tenere presente che il trust è una figura a struttura triadica, cioè disponente-trustee-beneficiari. Il trust, tuttavia, può anche presentarsi in forma auto-dichiarata, nel qual caso la figura giuridica del disponente e del trustee coincidono.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico, naturalmente, il trust svolgerà la stessa funzione assolta dai contratti di convivenza, cioè consentirà l'adempimento indiretto dell'obbligazione naturale nascente dal rapporto di convivenza mediante l'affiancamento ad essa di un'obbligazione civile, adempiuta per il tramite del trustee.

Una prima prospettiva di utilizzazione del trust potrebbe essere quella di strumento che serve esclusivamente a disciplinare le modalità di contribuzione dei conviventi nel corso del rapporto.

Note:

(22) Cfr. Cass., 18 agosto 1986, n. 5079, Rep. Foro it., 1986, voce "Successione ereditaria", n. 33.

(23) Per un'interessante analisi del tema dei testamenti concordati, cfr. M. Lupoi, I trust nel diritto civile, Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 31 s.

(24) Gli esempi sono tratti da G. Bonilini, Il mantenimento "post mortem" [*supra*, nota 21], a p. 251.

**Saggi**

Un trust avente un tale contenuto minimale vedrebbe quali disponenti entrambi i conviventi, quale trustee un terzo e quali beneficiari gli stessi conviventi. Beni in trust potrebbero essere delle somme di denaro. Nell'ambito delle tipologie di trust, questo sarebbe un trust c.d. nudo (*bare*, in diritto inglese), nel quale compito del trustee è semplicemente quello di mantenere il controllo dei beni se e in quanto i beneficiari lo desiderino e secondo le loro direttive.

Che vantaggi produce un tale trust? Questo trust, in fondo, produce il solo effetto di separazione patrimoniale afferente i beni in trust.

Se il trust venisse utilizzato solo a tale scopo, si otterrebbe il notevole vantaggio della separazione patrimoniale dei beni conferiti in trust, ma la gestione quotidiana, affidata al trustee, estraneo rispetto alla coppia, sarebbe oltremodo macchinosa. Non ha quindi molto senso istituire un trust nel quale, ad esempio, vadano ad affluire le sole somme che ciascuno dei conviventi ricava dalla propria attività lavorativa e dal quale devono poi essere prelevate per sopperire alle loro esigenze quotidiane. Saremmo in presenza di un trustee che deve continuamente "interfacciarsi" con i conviventi per verificarne le esigenze, provvedendo quindi ai pagamenti.

È aspetto da approfondire, ma può dubitarsi che "causa" di un siffatto trust sia qualcosa di diverso dalla mera separazione patrimoniale e quindi se non addirittura nullo, esso sia quantomeno non riconoscibile e quindi riqualificabile come mandato fiduciario o mandato *tout court*.

I negozi di destinazione (tale è, in definitiva, anche il trust) la cui minima unità effettuale (o, se si preferisce, l'unica determinazione causale) si esaurisca nella stessa separazione patrimoniale<sup>(25)</sup> sono infatti nulli, come afferma autorevolissima dottrina, in quanto atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto.

Il trust potrebbe forse "salvarsi", per così dire, ove non fosse nudo, ove cioè si trattasse di trust in cui le posizioni beneficiarie non sono "assolute" e nel quale quindi il trustee è dotato di una certa discrezionalità. Ma non è chi non veda come il rimedio sarebbe peggiore del male. Dovrebbe essere il trustee a valutare volta per volta le esigenze dei conviventi provvedendo quindi alle erogazioni in loro favore.

Né, mi pare, potrebbe avviarsi a tale necessità di continuo contatto con il trustee istituendo un trust auto-dichiarato.

Un trust del genere anzitutto non potrebbe avere

come beneficiari gli stessi conviventi-disponenti. Esso non sarebbe un trust. Si dovrebbe trattare di due reciproci trust auto-dichiarati da ciascuno dei conviventi e aventi come beneficiario l'altro.

In secondo luogo la coincidenza soggettiva disponente-trustee mostrerebbe in maniera ancor più convincente rispetto alla struttura precedentemente esposta che il trust sia stato istituito al solo fine di ottenere l'effetto di separazione patrimoniale.

Sono partito da questi casi estremi per mostrare come l'utilizzazione dell'istituto debba essere fatta *cum grano salis* e quindi in modo equilibrato.

È invece diversa la prospettiva nel caso in cui il trust venga utilizzato per disciplinare non il mero momento contributivo, ma altri e più pregnanti aspetti del rapporto. Mi riferisco in particolare ai problemi relativi all'abitazione e, soprattutto, alla tutela successiva allo scioglimento della convivenza, in particolare *post mortem*.

In questi casi il trust, con i limiti che vedremo, potrebbe effettivamente risultare superiore rispetto a strumenti tipici.

Le possibilità sono varie e le concrete soluzioni dipendono dalla configurazione del rapporto.

Esemplificativamente, si potrebbe ipotizzare un trust nel quale uno dei conviventi sia il disponente, trustee un terzo, beneficiari entrambi i conviventi stessi finché dura la convivenza. Cessata la convivenza si potrebbe prevedere quale beneficiario vita natural durante il convivente privo di una propria abitazione, finché rimane tale o, ad esempio, si sposi (con successivo ritorno del bene agli eredi del disponente).

Somiglia molto alla costituzione di usufrutto ma gli effetti che si verificano a seguito della istituzione del trust, con particolare riguardo alla sottrazione del

**Nota:**

(25) Cfr. sul punto A. Falzea, Introduzione e considerazioni conclusive, in Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo – Strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003, p. 30 s., ove distingue fra "limitazione di patrimonio" e "limitazione di responsabilità". L'illustre Maestro afferma che: "Occorre [...], tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità. Solo alla prima ipotesi si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto l'azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni". La tesi è di recente stata riproposta da A. Gemma, Destinazione e finanziamento, Torino, 2005, p. 198 s. In giurisprudenza, cfr. Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in questa Rivista, 2005, 577, a p. 583.

bene alla successione del disponente e del trustee, sono indubbiamente superiori.

In questo caso c'è indubbiamente un *quid pluris* rispetto alla mera separazione patrimoniale, costituito dalla realizzazione dell'interesse del beneficiario ad ottenere la disponibilità di un'abitazione per il periodo successivo alla scioglimento della convivenza.

Altra possibilità potrebbe essere costituita da un trust che veda uno dei conviventi disporre in favore del trustee di somme di denaro, prevedendosi in favore dell'altro convivente, beneficiario del trust, il diritto a ricevere prestazioni periodiche a partire dal momento della cessazione della convivenza.

Anche l'interesse che sta alla base di un tale trust è ulteriore rispetto alla mera separazione patrimoniale, in quanto esso serve ad assicurare l'adempimento degli obblighi di solidarietà ed assistenza che scaturiscono dalla convivenza. Un'ulteriore ragione di preferenza per il trust, in tale ipotesi, è costituita dal fatto che in esso è del tutto normale che al trustee siano attribuiti poteri di investimento della somma oggetto del *trust fund*. E l'esercizio di tali poteri ne consentirà, durante la vita del trust, utilizzazioni profittevoli. Gli incrementi patrimoniali discendenti da detti investimenti, nell'immediato, comporteranno infatti un incremento del *trust fund* e consentiranno al beneficiario, se e quando il trust inizierà ad operare, maggiori probabilità di ottenere le prestazioni periodiche. Se la somma fosse immobilizzata, infatti, prima o poi, essa verrebbe ad esaurimento e si frustrerebbe il diritto del beneficiario ad ottenere le erogazioni periodiche. Inoltre, visto dal lato del disponente, ove ad esempio il trust non potesse svolgere la sua funzione perché ad esempio il beneficiario premuore al disponente stesso (naturalmente si tratta di situazioni che devono essere previste in sede di atto istitutivo, la cui accurata redazione, in questi casi, è determinante), egli avrà evitato il danno economico discendente dall'immobilizzazione della somma.

La posizione giuridica del (o dei) beneficiari può quindi variare sotto il profilo contenutistico, anche se il filo conduttore di questi trust sarà quello di "garantire" (uso l'espressione in senso non tecnico) attraverso la destinazione del denaro o altri valori mobiliari, l'erogazione di prestazioni periodiche in favore del beneficiario, ovvero, mediante l'utilizzazione di beni immobili, il diritto all'alloggio del beneficiario che, di regola, è il convivente che si trovi in situazione di debolezza economica rispetto all'altro.

Ulteriore possibilità di utilizzazione del trust è quel-

la di collegarlo ad un acquisto immobiliare. Anziché procedere nei modi prima esemplificati (acquisto *en tontine* o acquisto incrociato nuda proprietà/usufrutto – quest'ultimo fonte di potenziali conflitti con gli eredi del convivente premorto, i quali succederanno nel diritto di nuda proprietà), i conviventi potrebbero istituire un trust per procedere all'acquisto di una casa di abitazione (l'ipotesi va seriamente valutata anche sotto il profilo tributario, perché un acquisto del genere quasi certamente non potrebbe godere delle agevolazioni "prima casa"). Beneficiari di tale trust sarebbero gli stessi conviventi-disponenti, e si potrebbe prevedere la successiva attribuzione dell'abitazione al convivente superstite. Naturalmente andrà adeguatamente previsto e regolato anche l'evento della cessazione della convivenza per cause diverse dalla morte di una delle parti del rapporto.

Questo trust potrebbe anche consentire di realizzare ciò che la stipula di un semplice contratto di convivenza che preveda uno specifico regime degli acquisti non consente, in quanto operante sul piano meramente obbligatorio.

Mi riferisco al divieto di alienazione *ex art. 1379* cod. civ. che, ove previsto in un atto istitutivo di trust, naturalmente a carico del trustee, dovrebbe avere effetto non meramente obbligatorio ma *erga omnes* (detto problema si pone anche in relazione all'atto di destinazione *ex art. 2645-ter*).

Nei trust sopra esemplificati potrebbero inoltre (meglio: dovrebbero) essere previste clausole che, al fine di ulteriormente vincolare tra loro i conviventi, prevedano divieti di alienazione delle posizioni beneficiarie, anche queste probabilmente ammissibili, entro certi limiti, con efficacia *erga omnes*. Questi, infatti, sono trust istituiti *intuitu personae*, nei quali la clausola che vieta il subentro nelle posizioni beneficiarie è una necessità, oserei dire, ontologica. Si tratta comunque di questioni sulle quali non è possibile intrattenersi in questa sede.

Vediamo invece, al di là del contenuto specifico dell'atto istitutivo, alcuni problemi che potrebbero porre i trust *inter vivos* per regolare i rapporti tra conviventi.

Escluso, anzitutto, che il trust di per sé possa costituire violazione del divieto dei patti successori (se mai singole clausole di esso potrebbero porsi in contrasto con il divieto), un primo problema concerne il rilievo che assumono le norme in materia di tutela dei legittimari.

Occorre cioè stabilire quali conseguenze produca

**Saggi**

la qualificazione della disposizione patrimoniale attuata tramite il trust come “adempimento indiretto di obbligazione naturale”.

Si afferma infatti che il trust non è strumento idoneo a regolare i rapporti di convivenza in quanto potenzialmente lesivo dei diritti dei legittimari (sempre che il disponente ne abbia, di potenziali legittimari).

Tralasciando per il momento le implicazioni operative, si può dire che sembra fuori discussione che ai legittimari spetti la tutela loro conferita dalle norme codicistiche. Questo appare il dato da cui partire nella ricostruzione della problematica, il cui fulcro sarà, allora, costituito dalla ricerca della soluzione tecnica più efficace, ed allo stesso tempo più plausibile, per la predisposizione di tale tutela.

Certamente l'istituzione di un trust da parte di un convivente in presenza di legittimari può determinare una lesione di legittima e quindi essere riducibile, nel caso in cui le prestazioni attribuite in vita all'altro convivente siano superiori alla quota disponibile.

Indicherò alcuni profili problematici che sembrano emergere dalla riflessione sul rapporto tra istituzione di trust e tutela dei legittimari.

Essi sono i seguenti:

1) Lo scarto temporale, e l'avvicendamento di diversi soggetti (il disponente, il trustee per la durata del trust, i beneficiari finali) nella titolarità dei beni la cui mancanza dall'asse ereditario può determinare lesione di legittima.

2) La conseguente difficoltà di inquadrare il rapporto tra disponente e beneficiari, posto che – se ci si ferma ai ruoli, e non si guarda poi alla possibilità che il disponente nomini trustee se stesso (ma è evidente che questo non potrà valere nel caso di trust testamentari con efficacia *post mortem*) – gli ultimi ricevono i beni non dal primo ma dal trustee.

3) La difficoltà di inquadrare l'atto dispositivo, esecutivo di un atto istitutivo di trust, come donazione (anche indiretta) posto che destinatario del trasferimento di proprietà è il trustee, che non se ne arricchisce.

4) La correlativa difficoltà di inquadrare come donazione il negozio con il quale il trustee trasferisce i beni al beneficiario (sembrando mancare anche lo spirito di liberalità, poiché questi adempie un'obbligazione, ancorché fiduciaria). Anche ove si giungesse ad una tale qualificazione, peraltro, è dubitabile che si tratterebbe di donazione soggetta a collazione, in considerazione del fatto che si è interrotto il nesso tra disponente e beneficiario.

5) La necessità di individuare i criteri per selezionare i beni che possono essere oggetto di imputazione: il potere del trustee di disporre durante il trust dei beni vincolati fa sì che tali cespiti possano essere trasformati in altri, ad esempio venduti e trasformati in denaro. Ma tale potere implica l'eventualità che non possano essere aggrediti i valori effettivi che sono usciti dal patrimonio del disponente per causa liberale; potrebbe costituire oggetto di imputazione il valore attualizzato di un bene, in seguito agli atti di disposizione ed amministrazione compiuti dal trustee?

6) La possibilità che all'esercizio dell'azione di riduzione addiventano tanto i soggetti completamente esclusi dalla dinamica del trust, tanto – come evidenziato – quelli che, ancorché individuati come beneficiari, “subiscano” lo svantaggio di dover attendere la fine del trust per potere ottenere la titolarità dei beni. L'eventuale obiezione che la qualificazione di questi ultimi soggetti come beneficiari non li priverebbe delle utilità, del rapporto con i beni in questione, è da meditare alla luce dell'art. 549 cod. civ., che stabilisce il divieto per il testatore di imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari.

È evidente che, ove si vogliono evitare alla radice questi problemi occorre confezionare l'atto istitutivo di trust inserendovi clausole che limitino le attribuzioni patrimoniali alla quota disponibile, attraverso meccanismi di adeguamento alle variazioni patrimoniali.

Più in generale, però, occorre chiedersi se davvero si tratta di liberalità riducibili ai sensi dell'art. 809 cod. civ., in quanto, come detto in precedenza, l'istituzione del trust tra conviventi avviene al fine di consentire l'adempimento indiretto di obbligazioni naturali.

La dottrina ritiene che trattandosi di emolumenti prestati in adempimento di doveri morali o sociali (= obbligazioni naturali) non sarebbero riducibili in quanto, appunto, non si tratterebbe di donazioni. Non ci sarebbe, infatti, depauperamento del disponente senza corrispettività.

Naturalmente si tratta di affermazione che non vale in senso assoluto, in quanto occorrerà effettuare una sorta di test di proporzionalità. È evidente che se le attribuzioni patrimoniali non sono proporzionali alla reale contribuzione del beneficiario-convivente nell'ambito del rapporto, esse, per l'eccedenza, dovranno essere considerate liberalità, come tali riducibili.

Terzo problema concerne l'applicabilità dell'art.



15 della Convenzione de L'Aja al trust istituito per regolare i rapporti tra conviventi. L'art. 15 della Convenzione, infatti, fa salva in generale l'applicazione delle norme imperative dell'ordinamento interno.

Con specifico riferimento ai rapporti tra conviventi la lett. b) di tale norma non pare di ostacolo, in quanto essa prevede l'applicabilità delle norme imperative dettate in materia di effetti personali e patrimoniali del matrimonio, quindi anche le norme in materia di convenzioni matrimoniali, ed in particolare quella che pone il divieto di costituzione, sotto ogni forma, di beni in dote, cioè l'art. 166-bis. È evidente che questo discorso non vale per le convivenze *more uxorio*, in relazione alle quali l'art. 15, lett. b) della Convenzione de L'Aja non può trovare applicazione.

Sotto questo profilo, quindi, i conviventi godono di margini di operatività più ampi rispetto a coloro che sono tra loro coniugati.

Potrebbe a questo punto eccepirsi una disparità di trattamento, in quanto i soggetti tra loro coniugati sarebbero trattati diversamente rispetto a quelli non coniugati con riguardo alla creazione di patrimoni separati per i bisogni della famiglia (intesa in senso lato). Solo ai primi, infatti, si applicherebbero tutte le norme imperative in materia di convenzioni matrimoniali. Non solo. Si potrebbe sostenere che istituti che producono sostanzialmente i medesimi effetti delle convenzioni matrimoniali (penso al fondo patrimoniale), siano riservati ai soli soggetti tra loro coniugati e vietati agli altri.

Tuttavia, a me pare che sostenere che se si vuole accedere a determinati istituti è obbligatorio passare attraverso il matrimonio, appare in conflitto con il principio della libertà matrimoniale, che mi sembra preminente.

Per concludere sul trust, la sua utilizzazione per regolare i rapporti di convivenza è in linea di principio lecita anche perché la sua flessibilità non modifica un dato di fondo: il trust a favore di beneficiari nell'ambito dei rapporti di convivenza, quand'anche travalichi i limiti di proporzionalità rispetto a ciò che costituisce la reale contribuzione del convivente nell'ambito del rapporto, sarà apprezzabile, nella sostanza, come una donazione destinata a proiettarsi nell'arco del tempo, fino al compimento del termine del trust(26). Dunque il trust arricchisce i beneficiari e come donazione non pone un problema di meritevolezza degli interessi che il disponente intende perseguire mediante l'istituzione di esso.

Naturalmente l'atto istitutivo dovrà sempre fare emergere la sua causa, e ciò in modo particolare nei trust liberali, a differenza di quelli che trovano la loro giustificazione razionale nel rapporto sinallagmatico, nella causa associativa o comunque in altri rapporti caratterizzati da onerosità.

È quindi estremamente opportuno che negli atti istitutivi di trust interno siano sempre esplicitate le ragioni per le quali si istituisce il trust e le finalità che con lo stesso si vogliono perseguire, al fine di verificare se per quella specifica fattispecie siano state osservate le norme di salvaguardia e, in sostanza, non si sia "abusato" dello strumento del trust per realizzare un risultato che il nostro ordinamento vieta.

Si tratta di verificare, in particolare, che tramite la scelta della legge straniera non vengano travalicati i limiti imposti dal nostro ordinamento all'autonomia privata nel quadro dell'applicazione della Convenzione de L'Aja.

Da altro angolo di visuale, infine, qualora l'analisi della fattispecie e della volontà negoziale dovesse condurre a constatare che le stesse finalità perseguite attraverso la scelta della legge straniera sono raggiungibili con altrettanta soddisfazione tramite l'applicazione del diritto italiano, il ricorso al trust sarebbe privo di ragionevolezza, ove pur non illegittimo(27) e potrebbe condurre ad individuare una fonte di responsabilità in capo al professionista.

4. – Esaminiamo, per concludere, l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ. quale strumento idoneo alla sistemazione dei rapporti tra conviventi.

Di questa norma sono state fornite, nei pochi mesi dalla sua introduzione, varie interpretazioni: norma sostanziale, norma sulla trascrizione, norma che disciplina solo un effetto negoziale, norma costituente elemento di una fattispecie procedimentale e quant'altro.

Ognuna delle tesi è sostenuta con dovizia di argomenti e nessuna di esse ha finora preso il sopravven-

Note:

(26) M. Graziadei, L'art. 2645-ter del codice civile e il trust: prime osservazioni, inedito, ma che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'autore.

(27) Si leggano in proposito i rilievi di A. Gambaro, Il diritto di proprietà, in Tratt. dir. civ. comm. diretto da A. Cicu – G. Messineo, Milano, vol. VIII, t. 2, Milano, 1995, pp. 639-640, il quale ritiene che il rischio di lacune critiche a *parte subiecti* in relazione all'impiego del trust vada tenuto ben presente nel valutare il ricorso all'istituto in ambiente di *civil law*.

**Saggi**

to, in assenza, tra l'altro, di interventi giurisprudenziali (tranne uno, per la verità, nel quale però l'oggetto del contendere era tutt'altro(28)).

Escluso che in questa sede si possa cercare di ricondurre ad unità le varie posizioni giuridiche in merito alla portata della norma, cercheremo di ipotizzare gli spazi applicativi di essa al nostro tema, sulla base di quanto emerge dal dato letterale.

Si parla, quindi, di atto pubblico con cui determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, vengono "destinati" alla realizzazione di interessi riferibili a, sostanzialmente, qualunque soggetto di diritto (la norma, inspiegabilmente, dopo avere elencato i disabili e la pubblica amministrazione, prosegue elencando altri enti e persone fisiche, cioè chiunque!). Detti interessi, prosegue la norma, devono essere meritevoli di tutela secondo quanto dispone l'art. 1322, Il comma, cod. civ. Per la realizzazione di essi può agire qualsiasi interessato e, infine, i beni possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e l'azione esecutiva su di essi è riservata ai soli creditori della destinazione. La durata della destinazione non può superare i 90 anni o la vita della persona fisica beneficiaria.

Come si vede, vi è una serie di elementi costitutivi della fattispecie, ognuno di essi meritevole di specifica analisi che, ovviamente, non può essere svolta in questa sede.

La novità di questa norma mi pare sia quella di introdurre nell'ordinamento italiano la facoltà per i privati di provocare una separazione patrimoniale non condizionata da scopi selezionati dall'ordinamento ma da selezionarsi dai privati stessi. Sotto questo profilo l'affinità con il trust è evidente. Finora, infatti, le destinazioni di beni in funzione della realizzazione di certi scopi erano tassative sia per ciò che concerne gli interessi, precostituiti dal legislatore, sia per ciò che concerne le tecniche utilizzabili(29).

Va preliminarmente osservato come la norma in questione disciplini soltanto l'"inizio" e la "fine" della destinazione, senza preoccuparsi di ciò che accade "durante", differenziandosi, sotto questo profilo, dal trust, che conosce invece tutta una serie di regole disciplinanti l'attività del trustee, cioè il profilo gestorio(30).

Questo è un punto estremamente interessante, perché viene in considerazione il profilo redazionale dell'atto di destinazione, la cui accuratezza, come per il trust d'altronde, diviene ancor più determinante al fine di evitare il sorgere di lacune di disciplina, con

la differenza che mentre in tema di trust esiste sempre il richiamo alla legge straniera ed alla correlativa giurisprudenza, nulla di tutto ciò accade in tema di atto di destinazione, dove la disciplina concreta dello svolgersi della destinazione stessa va "costruita" dal redattore dell'atto(31).

Segnalerò solo alcune questioni poste dalla norma, che ne potrebbero influenzare l'applicabilità alla nostra materia.

Prima questione è se il negozio di destinazione possa essere solo non traslativo o possa realizzarsi anche mediante trasferimento di beni ad un gestore.

Rispetto al trust la differenza, almeno per ciò che concerne la normale prassi operativa, è evidente, perché nel trust l'effettivo trasferimento della proprietà al trustee è effetto naturale della fattispecie. Quindi non è corretto ritenere, come da taluno sostenuto, che il negozio di destinazione *ex art. 2645-ter* si differenzi strutturalmente dal trust in quanto quest'ultimo è caratterizzato dal fenomeno attributivo mentre nel caso dell'*art. 2645-ter* cod. civ. si prescinderebbe dal trasferimento al terzo. In astratto anche il negozio di destinazione potrebbe realizzarsi(32) secondo due alternative: mediante un trasferi-

**Note:**

(28) Trattasi di Trib. Trieste, 7 aprile 2006, Giust. civ., 2006, 186 (nota M. Bianca); in questa Rivista, 2006, 417. Cfr. anche P. Manes, La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, Contratto e impr., 2006, 626.

(29) P. Spada, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta, relazione presentata al Convegno "I negozi di destinazione nei principali settori dell'attività notarile", organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, svoltosi a Catania l'11 novembre 2006, in corso di pubblicazione.

(30) Per alcune considerazioni puntuali sulle differenze tra atto di destinazione e trust, cfr. M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169 e in Riv. not., 2006, 467 s. Cfr. anche P. Manes, La norma sulla trascrizione [supra, nota 28], a p. 626 e M. Bianca, nota a Trib. Trieste, 7 aprile 2006 [supra, nota 28], a p. 187.

(31) Alcuni schemi di atti di destinazione si possono leggere in M. Bianca - M. D'Errico - A. De Donato - C. Priore, L'atto notarile di destinazione, Milano, 2006.

(32) Così come accade per il fondo patrimoniale e per il trust. Ammette il negozio di destinazione sia con che senza trasferimento di beni ad un gestore G. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, Riv. dir. civ., II, 2006, 161, a pp. 165-168, che in pratica ritiene il punto pacifico. Nello stesso senso M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" [supra, nota 30], a p. 170; P. Spada, Articolazione del patrimonio [supra, nota 29], a p. 2. Possibilista al riguardo parrebbe A. Busani, I notai ammettono il trust interno, Il Sole 24 Ore, 23 febbraio 2006, 29, per il quale nella nuova norma codicistica "non c'è [...], anche se non la si può escludere a priori, alcuna attività traslativa". Dà invece per scontato che il nuovo istituto non

(Segue)

mento dei beni dall'autore della destinazione ad un soggetto terzo-gestore, cui accede la costituzione del vincolo di destinazione, ovvero mediante mera apposizione di detto vincolo su beni che restano di proprietà dall'autore della destinazione.

Qualora si ammetta che il negozio possa essere traslativo, l'interprete dovrà farsi carico di individuare il contenuto della posizione giuridica del soggetto cui vengono trasferiti i beni ed in particolare di verificare se costui è titolare di un vero e proprio diritto di proprietà, sebbene nell'interesse altrui; o se la sua posizione giuridica è assimilabile a quella di un fiduciario; quali riflessi avrà sul piano successorio e del diritto di famiglia la ricostruzione nell'uno e nell'altro senso; se in entrambi i casi si tratterà di diritto "isolato" rispetto al restante patrimonio del soggetto conferitario; il regime di responsabilità patrimoniale dei beni trasferiti.

Questi profili non sono chiariti dall'art. 2645-ter cod. civ.

Ulteriore divergenza rispetto al trust riguarda i beni oggetto del negozio di destinazione.

L'art. 2645-ter menziona, quali possibili oggetti iniziali di esso, i beni immobili ed i beni mobili registrati, mentre successivamente la norma precisa che costituiscono oggetto di destinazione non solo quanto originariamente apportato ("i beni conferiti"), ma anche i frutti che successivamente siano stati prodotti da detti beni (i quali frutti – evidentemente – avranno natura di beni mobili non registrati).

Ci si chiede quindi se possano o meno costituire oggetto della destinazione anche beni mobili non registrati e quindi se detta norma, sebbene topograficamente collocata nella parte del codice civile dedicata alla trascrizione, esprima un principio di generale ammissibilità del negozio di destinazione *tout court* nell'ordinamento italiano.

La dottrina ritiene che la portata della norma sia tale da consentirne l'applicazione quantomeno ad altri beni qualificati da un proprio regime di circolazione con propria pubblicità, con esclusione quindi dei beni mobili *tout court*. Ciò in quanto la *sedes* dell'art. 2645-ter non avrebbe rilievo sul piano sostanziale, nel senso di limitare il negozio di destinazione ai soli beni in esso indicati, essendo invece giustificata dall'esistenza del principio di tassatività delle trascrizioni (per chi lo ritiene ancora esistente).

Può osservarsi, tuttavia, come analogo principio esiste anche con riferimento ad altri regimi pubblicitari, ad esempio, il registro delle imprese, e quindi

potrebbe ritenersi che in mancanza di un idoneo intervento normativo non sia possibile superare il principio, consentendo così l'iscrizione di negozi di destinazione aventi ad oggetto, ad esempio, quote di s.r.l. o aziende. D'altro canto l'esistenza di un regime pubblicitario relativo alla circolazione di certi beni non ne muta la natura. Essi rimangono sempre beni mobili e quindi una volta negato che il negozio di destinazione possa avere ad oggetto beni mobili *tout court* non pare che l'esistenza di un regime di pubblicità della loro circolazione rilevi a tal fine.

Naturalmente, qualora si dovesse seguire la tesi restrittiva ne risulterebbe indubbiamente una minore competitività dell'art. 2645-ter rispetto al trust, il cui oggetto può essere costituito da qualunque bene suscettibile di valutazione economica.

Con riferimento al nostro tema, dove obiettivo del disponente è assicurare al beneficiario l'erogazione di prestazioni periodiche, la norma non sarebbe quindi applicabile.

Altro profilo di interesse riguarda la surrogazione reale.

Nel trust si verifica sempre il fenomeno della surrogazione reale, che consiste nell'immediata ed automatica sostituzione del bene alienato con il suo corrispettivo (a dispetto della sua eventuale natura di bene fungibile) e di quest'ultimo con il bene che venga grazie ad esso successivamente acquistato, senza che venga mai meno l'effetto della separazione patrimoniale connesso all'esistenza di un *trust fund*.

Se si segue la tesi restrittiva in merito alla natura dei beni suscettibili di destinazione *ex art.* 2645-ter l'istituto ne risulterebbe caratterizzato dagli stessi limiti operativi propri del fondo patrimoniale e possono rispetto ad esso riproporsi tutte le questioni in merito all'esistenza o meno di un obbligo di reimpiego, a carico del c.d. conferente o del gestore nel caso di negozio di destinazione con trasferimento di beni, del ricavato dall'alienazione a titolo oneroso dei beni destinati.

La dottrina in tema di art. 2645-ter ha ritenuto utilizzabile il rimedio della surrogazione reale, che ri-

Nota:

(Continua nota 32)

possa che risolversi nell'imposizione del vincolo su beni che restano di proprietà del destinante F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c., Giust. civ., 2006, II, 165, ritiene fuorviante il termine "conferente" in quanto – a suo dire – "chi destina il bene [...] ovviamente non conferisce un bel niente rimanendo proprietario".

**Saggi**

sponderebbe ad un principio generale del sistema, così ammettendo implicitamente che il negozio di destinazione sia consentito anche nel caso di beni mobili (pensiamo al ricavato dell'alienazione).

Rimane comunque il problema dell'opponibilità ai terzi del vincolo gravante sul prezzo in relazione al quale dovrebbero valere le regole generali, in forza delle quali, ferma restando la necessità della data certa, solo una separazione "fisica" dei beni rispetto al restante patrimonio del disponente o del gestore ove costui vi sia, garantirebbe l'inattaccabilità dei beni stessi da parte dei rispettivi creditori generali. Dovrà procedersi alla "marchiatura" (*earmarking*) dei beni destinati, ciò che per il denaro dovrebbe essere possibile realizzare allo stesso modo che nel trust, intestando i conti bancari a nome dell'attuatore della destinazione. Sul punto potrebbero tornare utili le indicazioni contenute nelle circolari dell'ABI del 1996 e del 1999.

Ultima questione, estremamente importante, concerne il requisito della meritevolezza degli interessi, che come abbiamo visto non si dovrebbe porre, in linea di principio, per il trust.

Sull'interpretazione di questa locuzione la dottrina è divisa tra chi ritiene che essa debba ricondursi alla mera liceità; e chi invece ha ritenuto che meritevolezza, in questa norma, debba avere un significato diverso e che quindi occorra un *quid pluris* ulteriore rispetto alla liceità; in particolare, che l'interesse debba essere (neanche metaindividuale, bensì) superindividuale, cioè un interesse che si avvicina molto all'utilità sociale.

Se così fosse gli spazi applicativi dell'istituto sarebbero estremamente ristretti ed esso si porrebbe in competizione con la fondazione, senza però la necessità dell'atto di dotazione e della procedura di riconoscimento (il che pone il problema della sovrapposibilità tra negozio di destinazione *ex art. 2645-ter* e destinazioni tipiche, non trattabile in questa sede).

Il riferimento a disabili e pubblica amministrazione sembra orientare lo scopo verso una ricaduta dei benefici dell'atto sulla collettività, ma è altresì vero che l'ambito di applicazione della norma, sul piano letterale, non esclude che l'interesse sia meramente individuale.

Affermare che meritevolezza = utilità sociale a mio parere, comporta una interpretazione abrogatrice della norma. Non può inoltre non tenersi conto del fatto che la giurisprudenza, sin dall'entrata in vigore del codice del 1942, ripudiando la tesi bettiana

secondo cui l'autonomia privata può perseguire esclusivamente funzioni economicamente e socialmente utili per la collettività, si è mossa costantemente lungo l'idea della coincidenza fra il controllo di meritevolezza e quello di liceità affermando che sono meritevoli tutti gli interessi che non sono illeciti.

Il punto è che la norma, nel consentire l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione impone un giudizio comparativo tra gli interessi in gioco, nel nostro caso quello del convivente beneficiario e quello degli eventuali creditori del disponente (o conferente, come lo chiama la norma).

L'indagine sulla meritevolezza dell'interesse andrà quindi effettuata caso per caso verificando se le ragioni che hanno indotto il disponente alla creazione del vincolo di destinazione siano sufficientemente serie da giustificare la prevalenza dell'interesse preso in considerazione dall'atto rispetto a quello dei suoi eventuali creditori. E certamente non si può attribuire al notaio che riceve l'atto pubblico di destinazione il compito di controllarne la meritevolezza, essendo questo un compito spettante al giudice, attinente alla funzione giurisdizionale. Semmai, il notaio deve effettuare un controllo di non manifesta immeritevolezza.

Occorre chiedersi, e mi avvio alla conclusione, se davvero un atto di destinazione avente ad oggetto un immobile abitativo stipulato da un convivente a beneficio dell'altro, che giungesse di fronte al giudice, possa essere tacciato di immeritevolezza in quanto privo di ricadute "sociali", in presenza di una giurisprudenza che costruisce i rapporti tra conviventi alla luce del principio costituzionale di solidarietà in specie nel caso in cui siano coinvolti i figli.

In conclusione il settore delle relazioni familiari (intese in senso ampio, quindi comprensive anche dei rapporti di convivenza *more uxorio*) può essere un campo, che in questa sede abbiamo appena iniziato ad esplorare ed approfondire, nel quale la disciplina introdotta dall'art. 2645-ter potrebbe trovare una serena valvola di sfogo, anche a seguire la tesi meno liberale in tema di meritevolezza, adottando una chiave di lettura degli interessi in gioco coerente con i valori espressi nell'art. 2 Cost. che riconosce tutela dell'uomo nell'ambito delle formazioni sociali, ove senza dubbio rientrano anche le convivenze *more uxorio*.

In tale prospettiva, e davvero concludo, mi preme segnalare alcune affermazioni della Corte Costituzio-

nale, contenute nella recente sentenza 21 ottobre 2005, n. 394(33), in tema di trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione al genitore affidatario della prole naturale, ritenuta legittima sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme del codice civile lette alla luce del principio di responsabilità genitoriale.

Per ben tre volte, nella motivazione della sentenza, la Corte parla proprio di "destinazione", affermando espressamente che la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare serve a rendere opponibile ai terzi il "vincolo di destinazione" impresso alla casa familiare stessa, vincolo che

deve essere garantito ai figli a prescindere dalle circostanze della nascita.

E tale vincolo di destinazione ben potrebbe essere costituito dai conviventi ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., nell'esercizio della loro autonomia, così confermandosi che gli interessi sottostanti ai rapporti di convivenza sono meritevoli di tutela in conformità ai principî costituzionali.

.....  
**Nota:**

(33) V. *supra*, nota 2.

# Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali

di Vincenzo Greco

**SOMMARIO:** § 1. La funzione del trust nella nuova disciplina del fallimento. – § 2. Il trust quale strumento per lo smobilizzo delle attività dell'impresa insolvente non liquidabili economicamente nel corso della procedura. La atipicità degli atti di destinazione (art. 2645 *ter* cod. civ.). – § 3. Il trust alternativo alla soppressa amministrazione controllata per l'attuazione del piano di risanamento dei debiti di cui all'art. 67, I comma, lett. d) l. f. – § 4. Una ipotesi di trust alternativa al concordato preventivo; il trust istituito per ristrutturare i debiti aziendali (art. 182 *bis* l. f.).

## § 1. La funzione del trust nella nuova disciplina del fallimento.

Il trust era stato utilizzato nelle procedure concorsuali anteriormente alla loro riforma, almeno per quanto mi risulta, solo due volte; la prima per destinare ai creditori concorsuali le somme che per una imperfezione tecnica della disciplina fiscale sarebbero sfuggite al concorso, la seconda per consentire al debitore di adempiere all'onere di un concordato preventivo.

Il c.d. trust *Officine Romanazzi S.p.A.*(1) aveva consentito di ripartire fra i creditori, secondo le previsioni del riparto finale, le somme che la massa aveva diritto di percepire dai crediti (fiscali) sorti o esigibili dopo la chiusura del fallimento; il c.d. trust *concordato preventivo Salumificio Santa Rita S.p.A.* aveva consentito ad un terzo di integrare le risorse necessarie per soddisfare l'onere concordatario trasferendo al commissario giudiziario, in qualità di trustee, taluni immobili, che costui avrebbe monetizzato restituendo l'ecedenza al disponente(2).

Nel trust *Officine Romanazzi S.p.A.* aveva prevalso il momento della segregazione consentendo la ul-trattività degli effetti del fallimento e quindi evitando che le somme in futuro riscosse entrassero nella disponibilità del debitore tornato *in bonis* e fossero

esposte all'aggressione dei creditori individuali ed alla compensazione del debitore Amministrazione finanziaria ove titolare di crediti rimasti insoddisfatti; nel trust *Salumificio Santa Rita S.p.A.* aveva prevalso il momento della cooperazione del commissario – trustee che aveva avuto il compito di monetizzare le risorse apportate dai terzi per soddisfare i creditori.

Si è trattato di esperimenti che hanno influenzato i lavori della riforma del fallimento in quanto gli artt. 106, I comma e 117, III comma R. D. 16 marzo 1942 n. 267 (“l. f.”) nella nuova formulazione prevedono espressamente la cedibilità dei crediti fiscali e futuri e la assegnazione dei primi ai creditori, confermando *a posteriori* la legittimità del c.d. trust *Officine Romanazzi S.p.A.*

L'istituto, tuttavia, si presta ad un uso più fruttuoso a seguito della riforma con la quale il legislatore, prendendo atto del fatto che oggi l'impresa è dematerializzata e si concreta in un intreccio di rapporti finanziari non suscettibili di esecuzione forzata, ha stabilito che la tutela dell'ordine economico cui è funzionale il fallimento si può attuare solo con la cooperazione dei soggetti interessati al salvataggio dei suoi valori vitali, con i creditori che possono effettuare anche interventi tecnici e finanziari.

Per inquadrare il problema è opportuno ricordare che il fallimento, concepito nell'età intermedia come diritto dei mercanti, come strumento per espellere il membro insolvente dalla corporazione colpendolo in

### Note:

Vincenzo Greco è avvocato in Roma.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, destinata agli studi in onore di Nicola Lipari, presentata al Corso base sul Trust organizzato da IPSOA in collaborazione con l'Associazione “Il trust in Italia” svoltosi a Roma, il 26-27 ottobre 2006.

(1) Trib. Roma, 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411; per una sua analisi, oltre i numerosi scritti, v. V. Greco, La funzione del trust nel fallimento, in questa Rivista, 2004, 336; Giur. comm., 2005, I, 708.

(2) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fallimento, 2005, 533 (nota L. Panzani).

valori anche personali e per realizzare in modo rapido ed efficace i diritti dei creditori, anche quando aveva perduto la natura di diritto di classe ed era stato recepito negli ordinamenti statuali, aveva conservato con la riforma del 1930 recepita dalla legge fallimentare del 1942 le antiche strutture finalizzate a realizzare gli interessi dei creditori, in quanto si facevano coincidere questi con l'ordine economico(3).

Lo Stato aveva coscienza del valore sociale dell'impresa, era stato sensibile ai contraccolpi sociali conseguenti alla depressione economica degli anni trenta, ed era intervenuto nella crisi della sola grande impresa sia pure nella prospettiva di restituirla al mercato; ma nel secondo dopoguerra ed in particolare negli anni settanta, in concomitanza con la crisi petrolifera, detti interventi da eccezionali diverranno normali e le partecipazioni statali verranno concepite come uno strumento della programmazione economica, con il risultato che è stata consentita la sopravvivenza ad imprese antieconomiche a spese della collettività, socializzando le perdite e privatizzando i profitti, ed il fallimento, governando la crisi delle imprese con scarso impatto sociale, era degradato ad un codice dei bottegai(4).

L'intervento, se era coerente con i fini dello Stato autarchico, corporativo e dirigista, era in contrasto con i valori costituzionali che vietano la deeconomicizzazione della produzione e con gli impegni comunitari, ragione per la quale, sul finire degli anni settanta, il legislatore, nel tentativo di mutare strada, costruì l'amministrazione straordinaria (la c.d. legge Prodi del 3 aprile 1979, n. 95), che avrebbe dovuto essere un modello organico di intervento nella crisi delle grandi imprese, per realizzare i diritti dei creditori conservando le strutture industriali. L'intervento, peraltro, non fu organico in quanto l'amministrazione straordinaria fu adattata con leggi fotografiche (l'espressione è di Picardi) alle singole situazioni, e non pose termine agli interventi assistenziali in quanto prevedeva aiuti di Stato, consentendo la temporanea sopravvivenza di imprese decotte a spese dei creditori che subivano, in questo modo, un esproprio dei loro diritti senza indennizzo: il che determinò la Commissione europea ad avviare un procedimento di infrazione per gli effetti distorsivi sulla concorrenza.

Al fallimento venivano assoggettate solo le imprese la cui insolvenza creava uno scarso impatto sociale, ma aveva perduto anche la funzione originaria di realizzare pariteticamente ed in modo rapido ed ef-

ficace gli interessi dei creditori. Un esasperato sistema di privilegi aveva reso destinatari del suo modesto risultato(5) solo alcuni creditori, e la lentezza della procedura ed i relativi costi vanificavano gli interessi degli stessi creditori privilegiati, per cui il legislatore preferì conservare a coloro cui voleva accordare maggior tutela, quali il credito fondiario e l'esattoria, l'azione individuale, ritenendola più efficace di quella collettiva. Ed il ceto bancario preferì finanziare l'insolvenza che subire il rischio del fallimento del proprio cliente, in quanto potenziale destinatario delle azioni revocatorie delle rimesse, il che aprirà la strada al tema della responsabilità per la concessione abusiva del credito(6).

Ma almeno parte della dottrina aveva avvertito che l'obiettivo della tutela dell'ordine economico era comune al fallimento, all'amministrazione straordinaria ed alla liquidazione coatta, e che ciò che le differenziava erano i mezzi e non i fini, in quanto lo Stato aveva avocato a se stesso la gestione dell'insolvenza della grande impresa in quanto in essa erano in gioco interessi *plus pressants*, che da generali come nelle medie imprese divenivano pubblici. Il che determinava che anche il curatore fallimentare dovesse provvedere alla conservazione dei valori produttivi per realizzare la funzione della procedura di tutelare l'ordine economico(7).

Infatti tutte le procedure concorsuali dovevano la loro natura officiosa al valore sociale del bene che ne era l'oggetto, ed il fatto che fosse il giudice e non la P.A. a gestire la crisi non faceva venire meno l'obbligo del curatore di utilizzare, ed eventualmente di piegare, le strutture del fallimento alla conservazione dei valori aziendali, preferendo la cessione dei rami aziendali alla vendita atomizzata dei beni, anche se più remunerativa. Il fallimento si era trasformato da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa

Note:

(3) Sulla funzione del fallimento di tutelare l'ordine economico e sulla liquidazione piegata a realizzare le nuove funzioni, v. V. Greco, Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa, Milano, 1984.

(4) V. V. Greco, Assistenzialismo e fallimento, una anomala convivenza, Dir. imprese, 1984, 45.

(5) V. per tutti, per le sue acute analisi, F. Fimmanò, La liquidazione dell'attivo fallimentare, Milano, 2005.

(6) F. Di Marzio, Abuso nella concessione del credito, Napoli, 2005, pp. 1, 40, 282.

(7) V. V. Greco, Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa [*supra*, nota 3].

**Saggi**

ed il curatore sarebbe stato soggetto allo statuto dell'imprenditore ed avrebbe dovuto conservare gli apparati e cederli nella loro aggregazione, in quanto non gli sarebbe stato consentito di licenziare il personale dipendente in assenza di una giusta causa per il fatto che il fallimento non costituiva una fattispecie estintiva dell'impresa(8); e quanto ai dubbi di compatibilità della cessione con la finalità liquidatoria del procedimento risponderà il legislatore con la L. n. 23 luglio 1991, n. 223 che incentiverà le cessioni delle aziende appartenenti alle imprese fallite.

Ma la cessione sul finire del secolo passato non si prestava più al salvataggio dei valori aziendali, in quanto l'impresa aveva perso il modello fordista di organizzazione di mezzi (stabilimenti industriali con catene di montaggio) e di uomini gerarchicamente inquadrati, avendo sostituito le sue strutture con un apparato agile, dematerializzato, legato ad un territorio (ai c.d. distretti industriali), che doveva la sua efficienza alla rapidità di innovazione tecnologica ed al sapiente uso di strumenti finanziari, attraverso i quali venivano organizzati i fattori della produzione e collocati i prodotti sul mercato. Se nel passato la cessione di azienda consentiva al curatore di sfrondarla dai rami secchi e quindi cederla libera dagli oneri finanziari e come tale capace di essere reinserita nel circuito produttivo(9), nella nuova realtà la conservazione dei valori aziendali poteva avvenire rilevando i rapporti finanziari, rilevando il debito(10).

Il legislatore si adeguò alla nuova realtà lentamente, e se con il c.d. Prodi *bis* (D. Lgs. 8 luglio 1999, n. 270) si era limitato ad eliminare l'automatismo assistenziale, con il c.d. decreto Marzano (L. 5 luglio 2004, n. 166), emanato per la crisi della Parmalat, ha fatto un salto di qualità, affidando al commissario il compito di salvare i valori aziendali ponendoli sul mercato con la cooperazione dei creditori, convertendo i crediti in capitale di rischio o costituendo nuove società alle quali avrebbero partecipato e che avrebbero emesso obbligazioni per soddisfare gli altri creditori concorsuali, e comunque utilizzando la leva finanziaria.

Detto decreto veniva emanato mentre erano in corso i lavori della riforma del fallimento, dal quale aveva tratto ispirazione, e la nuova legge ha sostituito anche formalmente la originaria funzione con quella conservativa, utilizzando il concordato, che può essere proposto da qualunque interessato (e dal debitore solo dopo sei mesi dalla dichiarazione di fallimento) come strumento ordinario per la chiusura

del fallimento, quale strumento più idoneo a risolvere la crisi dell'impresa.

Il procedimento è stato privatizzato, nei mezzi ma non nei fini, ed al pari di ogni privatizzazione mira (o dovrebbe mirare) alla tutela di interessi generali, nel caso di specie dell'ordine economico; questa è la ragione per la quale il curatore conserva la qualità di pubblico ufficiale, il tribunale il potere di nominarlo ed il giudice delegato il controllo di legalità della gestione, che può meglio esercitare liberato dalla direzione del procedimento che in precedenza lo coinvolgeva nelle scelte.

Il tribunale conserva il potere di nominare il curatore anche quando la maggioranza dei creditori effettua una diversa designazione (art. 37 *bis* l. f.), alla quale non è vincolato. I creditori più vicini ai problemi dell'impresa meglio possono indicare chi può risolverli, ma non sono titolari di un diritto soggettivo alla designazione, bensì di un interesse legittimo di diritto privato, strumentale alla realizzazione dell'interesse generale dell'ordine economico.

La privatizzazione, quindi, consentendo la destinazione delle attività ai creditori per realizzare i fini della procedura, vede nel trust lo strumento che, segregando ed imprimendo il vincolo di destinazione, si presta ad essere un efficace strumento non solo per la rapida chiusura della procedura, ma anche per prevenirla.

## **§ 2. Il trust quale strumento per lo smobilizzo delle attività dell'impresa insolvente non liquidabili economicamente nel corso della procedura. La atipicità degli atti di destinazione (art. 2645 *ter* cod. civ.).**

Il legislatore ha di recente disciplinando gli atti di destinazione, che costituiscono un frammento di trust(11), ed ha riconosciuto che rientri nei poteri dell'autonomia privata la potestà di creare un vicolo di

### Note:

(8) V. Greco, Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa [*supra*, nota 3].

(9) V. Greco, Il fallimento da esecuzione collettiva ad espropriazione dell'impresa [*supra*, nota 3].

(10) In questo senso: V. De Sensi, I vantaggi dell'accordo di ristrutturazione, relazione tenuta all'incontro organizzato dalla Rivista parlata di diritto fallimentare, svoltosi a Roma l'8 gennaio 2007.

(11) M. Lupoi, Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.



destinazione su un bene o su parte di un patrimonio, con atti atipici.

L'art. 2645 *ter* cod. civ., inserito nel titolo delle trascrizioni, detta sintetiche norme di forma e di sostanza, delimitando l'ambito della figura alle sole destinazioni di pubblica utilità, ed indirettamente disciplina anche i trust fallimentari in quanto strumentali alla tutela dell'ordine economico; tuttavia è ancora vivo il vivace dibattito sorto in particolare per i trust immobiliari(12), che si è arricchito di nuovi argomenti(13).

La norma recita testualmente che gli atti "destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione", e che i beni conferiti e i loro frutti possono essere "impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, solo per debiti contratti per tale scopo", inducendo a riflettere sulla attualità del principio che collega necessariamente un patrimonio ad un soggetto, negando che, al di fuori di ipotesi eccezionali espressamente previste, sia consentito all'autonomia privata di *segregarne* una parte per destinarla ad un beneficiario o ad uno scopo.

Tradizionalmente si è ritenuto che i vincoli reali possano nascere o da un fatto giuridico – come quelli paesaggistici o forestali, le servitù create per destinazione del padre di famiglia, le pertinenze –, o da una sentenza – ad esempio, da quella dichiarativa di fallimento –, o da un atto o un negozio – dalla dote e dal fondo patrimoniale –, ma non da negozi atipici, perché non sarebbe concesso il potere di destinare (minore rispetto a quello di disporre) per il fatto che non sarebbe consentito di creare vincoli atipici sulla proprietà e di limitare con un atto unilaterale la responsabilità, al di fuori dei casi consentiti dalla legge, incidendo sulla posizione del terzo creditore estraneo al rapporto(14).

La diffidenza verso il trust è quindi dovuta al fatto che è estraneo alla nostra cultura, ma anche al nome, polisemantico ed intraducibile(15); tuttavia: *i nomi e gli attributi si devono accomodare all'essenza delle cose e non l'essenza ai nomi, perché prima furono le cose e poi i nomi* (Galileo Galilei). Tale diffidenza è ingiustificata, ove si consideri la tolleranza nei con-

fronti delle società di comodo, che si prestano ad ogni tipo di abuso, e che nel trust le ragioni della segregazione sono alla luce del giorno e l'uso fraudolento rende invalida l'operazione.

Il principio del numero chiuso dei diritti reali, formatosi all'indomani della promulgazione dei codici liberali, si giustificava con la necessità di rimuovere i vincoli che impedivano la circolazione della ricchezza, ma la sua forza si è di molto attenuata con l'ampliamento convenzionale delle obbligazioni *propter rem* (si pensi ai regolamenti di condominio o agli atti d'obbligo in materia urbanistica)(16) e con l'utilizzazione di figure quali la multiproprietà, il *leasing*, il *sale and lease back*, che comprimono la fascia dei poteri spettanti al proprietario e della cui legittimità non si dubita, e quanto alla limitazione della responsabilità patrimoniale si è rilevato che la lesione della garanzia generica determina come sanzione la inefficacia e non nullità dell'atto(17).

Si deve ascrivere al merito di Lupoi di avere introdotto la figura del trust in Italia, nel modello da lui definito amorfo disegnato dalla Convenzione de L'Aja, che contiene elementi che si rinvergono tanto nel *common law* che nel *civil law*, quindi compatibile con entrambi – altrimenti il nostro Paese non l'avrebbe né sottoscritta né ratificata –. Egli pur consapevole che questa Convenzione, al pari delle altre

Note:

(12) Il dibattito è iniziato fra F. Gazzoni, In Italia tutto è permesso anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust ed altre bagatelle), Riv. not., 2001, 1247, a p. 1248 s.; e M. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore di trust, Riv. not., ivi, I, 1159.

(13) F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645 *ter*, Giust. civ., 2006, II, 172.

(14) V. per tutti, R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo, Milano, 2004, p. 9 e p. 385 s. Di diverso avviso M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 536, il quale ritiene che se si nega cittadinanza al trust perché l'ordinamento dove si deve realizzare lo scopo ivi perseguito non conosce in trust, finirebbe per cadere l'intera impalcatura della convenzione.

(15) R. Sacco, Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo, Riv. dir. civ., 2005, I, 417.

(16) F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Napoli, 2003, p. 208. La disposizione dell'art. 1379 cod. civ. con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (limite temporale di durata; rispondenza ed apprezzabile interesse di una parte) si applica, essendo espressione di un principio di portata generale, anche a pattuizioni che, come quelle contenenti un vincolo di destinazione, seppur non puntualmente riconducibili al paradigma del divieto di alienazione, comportino comunque limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà (Cass., sez. II, 17 novembre 1999, n. 12769, Contratti, 2000, 546).

(17) Sul punto, v., da ultimo, A. Masi, Destinazione di beni allo scopo, Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo, Milano, 2003, p. 1 s.

**S a g g i**

convenzioni internazionali, disciplina il conflitto fra più leggi nazionali, ha considerato che in virtù della legge di ratifica l'istituto sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento in quanto non sarebbe possibile, a meno di non violare i principi costituzionali e quelli di diritto internazionale privato, consentirne l'uso ad un cittadino straniero in Italia e negarlo ad un residente. Lupoi ha così distinto il trust interno, istituito in Italia, ma disciplinato dalla legge straniera scelta discrezionalmente del disponente, dal trust di diritto interno, intendendosi tale quello disciplinato dalla legge italiana(18).

L'art. 2645 *ter* cod. civ., riconoscendo all'autonomia privata il potere di stipulare anche atti di destinazione atipici, apre la strada al trust di diritto interno, senza necessità che sia ancorato alla Convenzione ed alla legge che ha ratificato, e quindi alla necessità di rinviare per la sua disciplina ad una legge straniera che lo conosca, il che, ovviamente, oltre che possibile, è opportuno per colmare le lacune di quella convenzionale e legale, ciò rientrando nei poteri dell'autonomia privata come confermato dall'art. 3 della Convenzione di Roma ratificata con L. 18 dicembre 1984, n. 975 in tema di obbligazioni, in base al quale le parti possono richiamare una legge diversa da quella nazionale per la disciplina del contratto.

A queste conclusioni era giunta la giurisprudenza anteriore all'emanazione dell'art. 2645 *ter* cod. civ. quando aveva ritenuto che "il trust interno ha una causa, che è la medesima dei trust stranieri, consistente nella formazione di un patrimonio separato in capo ad un soggetto affinché questi lo gestisca nell'interesse dei beneficiari, [...] causa che è lecita in quanto consente il perseguimento di interessi riconosciuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, non essendo inoltre dissimile da quella tipica di altre figure già previste dal nostro ordinamento giuridico (fondazioni familiari e fondo patrimoniale)"(19), ma che va riconsiderata alla luce della nuova norma precisando che l'interesse debba essere qualificato.

Mentre la Convenzione de L'Aja consente anche i *trust d'affaire*, l'art. 2645 *ter* cod. civ. disciplina gli atti destinati a realizzare un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, II comma cod. civ. con riferimento all'interesse dei disabili o della pubblica utilità, del quale possono essere portatori anche i privati. Si tratta quindi di interessi giustificati da una funzione socio-economica, nella concezione bettia-

na, con riferimento ai valori solidaristici della costituzione repubblicana, della pubblica utilità(20), e non solamente sostenuti da un qualunque interesse lecito, come accade, al contrario, con riferimento agli altri negozi atipici(21).

La norma, poi, parla di atto e non di contratto, il che non può essere casuale: gli atti di destinazione, quindi, possono avere struttura unilaterale, il che apre sì la strada anche ai c.d. trust auto-dichiarati, della cui legittimità si dubitava, ma che potrebbero peraltro avere una minore efficacia pratica, in quanto una distinzione fra la persona che istituisce il trust ed il trustee meglio garantirebbe l'attuazione del fine, in particolare dopo la morte del disponente(22). La struttura contrattuale, inoltre, conferirebbe un maggiore grado di oggettivizzazione al vincolo(23), ciò non accade nel trust auto-dichiarato fallimentare che consente al curatore di rendere ultrattivi gli effetti del fallimento senza la mediazione del trustee, la cui presenza sarebbe del tutto superflua, in quanto vi sarebbe la separazione fra la persona titolare della massa destinata (il debitore) ed il soggetto tenuto a realizzare la destinazione (l'ex curatore) che, cessato dalla carica, potrebbe riscuotere i crediti e monetizzare quelle attività che non presuppongono una gestione discrezionale. Se quando fu istituito il trust Romanazzi la norma fosse stata emanata, forse sarebbe stato auto-dichiarato.

Il principio della riserva di legge che governa le promesse unilaterali (art. 1987 cod. civ.)(24) è stato svalutato e si va affermando la convinzione che il contratto non è lo strumento esclusivo per la circolazione della ricchezza e non trova applicazione negli atti ad effetto reale (art. 2645 *ter* cod. civ.), giustifi-

**Note:**

(18) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 14].

(19) Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in questa Rivista, 2005, 577.

(20) Ed è gradito il ricordo al grande maestro sotto la cui guida la mia generazione ha mosso i primi passi (E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1950, pp. 399-403, ma anche G. Gorla, Il contratto, Milano, 1954, I, p. 224). Nel novero degli atti di destinazione disciplinati dall'art. 2645 *ter* cod. civ. non rientrano quelli che accedono ai trust d'affaire, pur consentiti dalla Convenzione de L'Aja.

(21) G. B. Ferri, Ancora in tema di meritevolezza di interesse, Riv. dir. comm., 1979, I, 1.

(22) M. Lupoi, Gli atti di destinazione [*supra*, nota 11].

(23) F. Gazzoni, Osservazioni [*supra*, nota 13].

(24) F. Gazzoni, Osservazioni [*supra*, nota 13].

cati oltretutto dalla forte causa alla base delle promesse al pubblico.

Se si riconosce anche da parte di coloro che negano all'atto la capacità di imprimere un vincolo reale che il bene sia soggetto ad un regime speciale che lo sottrae all'esecuzione forzata per i debiti che non siano di scopo e che ogni interessato possa agire per la attuazione del fine<sup>(25)</sup>, compreso il disponente (il che, ha osservato il Lupoi<sup>(26)</sup>, non è previsto dalle legislazioni straniere), il relativo potere si configura, a seconda delle situazioni, o come diritto soggettivo o come interesse legittimo.

A detto potere, tanto nel trust amorfo che in quello auto-dichiarato, si contrappone l'obbligo del disponente o del trustee di cooperare per il raggiungimento del fine, obbligo che non ha natura di obbligazione *propter rem*<sup>(27)</sup>.

Tale obbligo, infatti, sorge non dalla titolarità del bene, ma dall'atto o dal patto con il quale viene assunto, ed è il mezzo per rendere la prestazione, anzi l'oggetto della prestazione stessa, onde il diritto del beneficiario si configura al pari di quello del promittente acquirente come uno *ius ad rem* e non *ad personam*, ed è la ragione per la quale è trascrivibile<sup>(28)</sup> e può essere opposto a coloro che dovessero acquistare la proprietà del bene destinato che non sono obbligati a rendere una prestazione, ma si trovano in una situazione di gestione dovendo consentire l'attuazione del fine<sup>(29)</sup>.

L'atto di destinazione va stipulato nella forma pubblica non già perché deve essere trascritto, in quanto per la trascrizione sarebbe sufficiente la scrittura privata autenticata, né per la necessità di indurre il destinante a riflettere sulla sua importanza, in quanto non è liberale, ma per l'opportunità che il notaio controlli la finalità che lo giustifica, che è un requisito di validità, al pari di quanto avviene per la costituzione di società di capitali.

Infatti, il trust, in linea di principio, non è né oneroso né gratuito, ed il discorso vale anche per il fondo patrimoniale<sup>(30)</sup>: la sua natura dipende dalla causa giustificatrice della attribuzione patrimoniale; il suo frammento, la destinazione di utilità sociale disciplinata dall'art. 2645 *ter* cod. civ., è per sua natura neutro, in quanto difetta tanto dell'*animus donandi* dell'arricchimento, essendo la finalità sociale non il motivo, ma la causa giustificatrice della attribuzione, e si pone in quell'area intermedia fra gli atti gratuiti e quelli onerosi, al pari degli adempimenti delle obbligazioni naturali, descritta magistralmente da Oppo nel suo "Adempimento e liberalità".

Per cui, concludendo, oggi è possibile istituire un trust fallimentare di diritto interno, anche auto-dichiarato, integrandone la disciplina con il rinvio ad una legge straniera che conosce il fenomeno, per destinare ai creditori le attività e rendendo ultrattivi gli effetti del fallimento, e che ha per oggetto quei beni che non sia possibile smobilizzare in modo rapido e conveniente nel corso della procedura e per i quali non sia necessaria una specifica attività gestoria.

### § 3. Il trust alternativo alla soppressa amministrazione controllata per l'attuazione del piano di risanamento dei debiti di cui all'art. 67, I comma, lett. d) l. f.

Nelle pagine che precedono abbiamo accennato che il trust si presta ad accelerare la chiusura del fallimento, consentendo di chiuderlo anche prima che si siano smobilizzate quelle attività che non necessitano di una specifica gestione e che hanno necessità di un certo periodo di tempo per divenire liquide, che il curatore potrebbe ripartire come beni futuri.

Ma si presta ad essere utilizzato anche per prevenire il fallimento consentendo ai creditori di gestire, o quantomeno controllare, la gestione dell'impresa nella fase di risanamento.

Il legislatore, come è noto, ha soppresso, e a ragione, l'amministrazione controllata, che aveva dato pessimi risultati ed era stata utilizzata solo per ritardare la dichiarazione di fallimento, valutando che la

#### Note:

(25) Dopo essere stato istituito il trust sono emersi debiti prededucibili ed il Tribunale ha disposto, dando le relative istruzioni ai trustee, che questi dovessero essere soddisfatti prima dei creditori concorsuali.

(26) M. Lupoi, Gli atti di destinazione [*supra*, nota 11].

(27) F. Gazzoni, Osservazioni [*supra*, nota 13], a p. 172 s.

(28) La trascrizione è funzionale a rendere opponibile il vincolo ai terzi, ragione per la quale, se ha per oggetto mobili non registrati, va apprestato un adeguato regime di pubblicità, ed applicando per analogia l'art. 167, IV comma, i titoli devono essere resi nominativi con annotazione del vincolo. Nel trust Romanazzi era stata prevista l'apertura di un libretto bancario intestato ai trustee, con annotazione del vincolo, vincolato all'ordine del giudice delegato.

(29) Devo riconoscere che a queste considerazioni si giunge proprio leggendo le belle pagine del Gazzoni, che talora sembra assumere una preconcetta posizione critica verso il trust.

(30) V. da ultimo, V. Greco, La revocatoria fallimentare degli atti di destinazione. Riflessioni sul trust interno alla luce dell'art. 2645 *ter* c.c., in Aa. Vv., Revocatoria fallimentare, Atti del convegno svoltosi a Chieti, il 21 maggio 2005, p. 153 s.

**Saggi**

incapacità temporanea di adempiere ai propri obblighi non si supera con la moratoria, che anzi aggrava la crisi finanziaria in quanto fa perdere all'impresa la residua fiducia di cui gode sul mercato, e ha consentito di redigere un piano di risanamento, la cui ragionevolezza deve essere attestata ai sensi dell'art. 2501 bis, IV comma cod. civ. (art. 67, I comma, lett. d) cod. civ.), che è un atto unilaterale di natura negoziale, programmatico, destinato al risanamento finanziario, giustificato sul piano causale dall'utilità sociale della conservazione al mercato dei valori produttivi, vincolante per il suo autore, la cui validità è legata sul piano sostanziale alla sua astratta capacità di realizzare lo scopo, e sul piano formale dalla attestazione dell'esperto, che tuttavia produce come unico effetto l'esenzione dalla revocatoria (solo fallimentare?) degli atti che lo eseguono.

È facile considerare che se il debitore fosse in grado di soddisfare regolarmente i suoi creditori non avrebbe alcuna ragione di predisporre alcun piano, e che nel tempo necessario per attuarlo, anche se breve, i creditori sarebbero addirittura stimolati ad agire esecutivamente temendo che possano essere effettuati pagamenti sottratti alla revocatoria.

Il trust potrebbe colmare questa lacuna, destinando le attività dell'impresa alla soddisfazione dei creditori, impedendo loro di aggredirle esecutivamente per effetto delle segregazione, ma consentendo loro di gestire il piano di risanamento come cessionari delle attività fremendo di una garanzia dinamica del tipo del pegno rotativo, che assicurerebbe meglio del fallimento la realizzazione dei loro interessi.

Ed è quanto ha tentato un appaltatore edile che aveva realizzato per il 92% un grande complesso residenziale e commerciale in una città di media grandezza del centro Italia, che completando i lavori avrebbe potuto soddisfare i suoi numerosi creditori, ma che essendo divenuto insolvente aveva dovuto richiedere il proprio fallimento.

Nel corso della istruttoria prefallimentare, l'appaltatore aveva predisposto un piano di risanamento per la integrale soddisfazione dei suoi creditori attraverso un trust, cedendo ad un trustee, scelto fra i suoi maggiori creditori, le sue attività ed affidando a costui la direzione dei lavori; il trustee avrebbe finanziato il completamento dei lavori e recuperato le anticipazioni in corso d'opera, recuperi che sarebbero stati esonerati dalla revocatoria in quanto in attuazione del piano, ed all'esito avrebbe soddisfatto i creditori e restituito le residue attività all'imprenditore.

Se nel corso della attuazione del piano fosse emerso che questo non avrebbe avuto successo, il trustee avrebbe dovuto richiedere il fallimento.

Il disponente conservava la titolarità ed il rischio di impresa e quindi la qualità di imprenditore e la cessione della attività costituiva il mezzo per onorare i suoi debiti. I creditori, quali beneficiari delle attività e quali componenti del comitato dei beneficiari, avrebbero controllato l'operato del trustee con il potere di sostituirlo.

Il trustee avrebbe avuto interesse a completare i lavori non nella prospettiva di recuperare i crediti maturati, ma per ragioni di immagine, di prestigio, per realizzare ulteriori profitti, ma anche perché limitava il suo rischio alle anticipazioni che avrebbe recuperato con i SAL sottratti alle revocatorie, mentre gli altri creditori fruivano di una garanzia dinamica sul patrimonio, non dissimile da quella del pegno rotativo o del patrimonio destinato.

Il trustee avrebbe ricevuto anche un compenso ove vi fosse stato un residuo attivo – meritato per il lavoro svolto e per le anticipazioni effettuate – mentre l'impresa sarebbe stata temporaneamente commissariata dai creditori.

I creditori, se avessero sostituito il trustee senza giusta causa, sarebbero stati tenuti a rimborsargli le anticipazioni ed a corrispondergli il compenso, che in diversa ipotesi gli sarebbe stato dovuto solo se l'affare fosse andato a buon fine.

L'attività sarebbe stata soggetta anche al controllo di un guardiano designato dal Giudice delegato, ed ove non lo avesse designato, come era prevedibile, la carica sarebbe stata ricoperta dal collegio sindacale.

L'operazione avrebbe avuto il triplice controllo, di legalità, del notaio incaricato di redigere l'atto istitutivo del trust con riferimento alla meritevolezza degli interessi, dell'esperto, sulla capacità del piano di soddisfare i creditori, ed infine del Giudice dell'istruttoria fallimentare, che sarebbe stato ad un tempo di legalità e di merito.

Il trust era l'alternativa alla soppressa amministrazione controllata, in quanto l'imprenditore avrebbe conservato la titolarità dell'impresa ed ai creditori sarebbero state assegnate le attività e la gestione sino alla concorrenza della soddisfazione dei loro crediti, per cui il disponente sarebbe stato il primo a fare propri i risultati della gestione, anche se destinati ai creditori.

Il Tribunale di Roma, con sentenza del 1° marzo 2006 (inedita) dichiarava il fallimento, pur dando at-

to che l'imprenditore aveva richiesto qualche giorno di tempo per perfezionare l'istituzione di un trust al quale conferire alcune attività dell'impresa in attuazione di un piano di risanamento depositato nel corso della stessa udienza del 28 febbraio 2006.

È possibile che il Tribunale non abbia creduto nella ragionevolezza del piano, ma il redattore della sentenza era troppo attento e colto per omettere una motivazione in tal senso ove l'avesse ritenuta rilevante; ha invece ritenuto che il piano, anche se ragionevole, non facesse venire meno l'insolvenza, ma limitasse il suo effetto all'esonero dalle revocatorie.

Ora non v'è dubbio che il piano non impedisce ai creditori di agire esecutivamente, ma se gli atti che lo eseguono non sono revocabili è perché il periodo nel quale vengono eseguiti, per una valutazione legislativa, non è sospetto; il piano, se effettivamente ragionevole, esclude l'insolvenza anche in presenza dell'inadempimento dell'imprenditore.

Il Tribunale peraltro non avrebbe neanche potuto giustificare la sua decisione con il fatto che il trust avrebbe alterato la *par condicio* in quanto aveva la funzione di realizzarla, e sarebbe stato utile una volta dichiarato il fallimento allo stesso curatore che avrebbe avuto a sua disposizione uno strumento che arricchiva i suoi poteri gestori, consentendogli, in sostituzione dei creditori nel comitato dei beneficiari, di dirigere le operazioni e di nominare un nuovo trustee e quindi di smobilizzare le attività dell'impresa con la cooperazione tecnica e finanziaria dei creditori stessi.

#### § 4. Una ipotesi di trust alternativa al concordato preventivo; il trust istituito per ristrutturare i debiti aziendali (art. 182 bis l. f.).

L'ipotesi che precede concerne la realizzazione di un piano che consente la integrale soddisfazione dei creditori, ma il trust è utilizzabile anche per attuare un piano di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. f.), quando il debitore raggiunge un accordo stragiudiziale con la maggioranza dei suoi creditori ed intende pagare integralmente coloro che non vi partecipano.

Potrebbe proporre un concordato preventivo, che può realizzare soddisfacendo i creditori "attraverso qualsiasi forma, anche mediante la cessione di beni, la costituzione di società da questi partecipate, l'assegnazione di azioni, quote ovvero obbligazioni, even-

tualmente convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito, mediante la (loro) suddivisione dei creditori in classi con trattamento differenziato" (art. 160 l. f.), ma questo istituto, anche dopo la riforma, conserva un certo grado di burocratizzazione e nelle situazioni più semplici è preferibile raggiungere lo stesso risultato con un accordo.

Lo stesso deve essere stipulato con i creditori che sono portatori di almeno il 60% del credito globale, e deve essere accompagnato da una relazione di un esperto che attesti sia esecutivo di un piano idoneo ad assicurare la regolare soddisfazione in particolare di coloro che non lo sottoscrivono, ma a differenza del piano di risanamento va pubblicato sul registro delle imprese ed allo stesso i creditori possono opporsi, ed il tribunale, decise le opposizioni, deve omologarlo (art. 182 bis l. f.), e l'omologazione, sempre necessaria nonostante la equivocità della norma, è un requisito di efficacia dell'atto ed evidenzia il ruolo di garanzia del giudice nella soluzione della crisi dell'impresa.

Detto accordo plurilaterale si giustifica sul piano causale con l'utilità sociale di conservarne i valori con la cooperazione dei creditori e non con la funzione transattiva; non mira a prevenire o a definire una lite e mancano le reciproche concessioni. I creditori lo sottoscrivono in quanto ritengono che salvando l'impresa recuperano una parte del proprio credito che in diversa ipotesi si vanificherebbe.

Ed il Tribunale di Roma, con un decreto che merita la massima attenzione<sup>(31)</sup>, esercitando un controllo che è stato al tempo di forma e di merito, ha negato l'omologazione ad un accordo perché sottoscritto dai portatori del 60% dei crediti certi ed esigibili, muniti di titolo esecutivo, e non da coloro che erano presumibilmente portatori del 60% dei crediti effettivi.

Ma anche l'accordo di ristrutturazione non è idoneo a raggiungere i suoi risultati pratici se non è attuato da un trust capace di garantire i creditori che lo sottoscrivono.

Il ceto bancario potrebbe essere disponibile non solo a dilazionare ed a ridurre le proprie pretese, ma anche a finanziare il pagamento dei creditori che non partecipano all'accordo, se può acquisire una garanzia dinamica di natura reale sul patrimonio del debitore ed eventualmente la possibilità di gestirlo sino alla soddisfazione dei propri crediti. Ed a tal fine l'accordo potrebbe prevedere che il piano di ristrutturazione venga attuato da un trust istituito dal debitore, che trasferisce ad un trustee, che potrebbe essere una so-

**S a g g i**

cietà di capitali designata dallo stesso ceto bancario, talune attività e/o gli stessi proventi dell'impresa, con il compito di soddisfare i creditori secondo le modalità previste nell'accordo e restituisca l'eventuale residuo al debitore. E le attività trasferite potrebbero essere non solo beni materiali, ma anche crediti, proventi, e quanto oggetto possibile dei finanziamenti destinati.

Verrebbe creato in tal modo un patrimonio segregato che in quanto destinato a rimuovere la pregressa insolvenza si differenzia dai patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 *bis* cod. civ.) e dai finanziamenti desinati (art. 2447 *decies*, I comma cod. civ.), non essendo funzionale alla creazione di una nuova attività, e dalla cessione dei beni ai creditori (art. 1977 cod. civ.), con la quale presenta maggiori affinità, in quanto non ha efficacia solutoria, ed è il mezzo per adempiere, inibendo anche ai creditori che non hanno aderito all'accordo di agire sui beni.

Essendo esecutivo dell'accordo, il patrimonio è esonerato dalla eventuale revocatoria ove il debitore

dovesse fallire, ed effettuando i necessari adempimenti, consentirebbe di cartolarizzare i crediti per consentire ai creditori di disporre di un titolo da negoziare sul mercato.

Il discorso meriterebbe un maggiore approfondimento, in particolare con riferimento alla segregazione dei proventi della impresa debitrice, che l'economia del presente scritto non consente.

Il legislatore, una volta che allo Stato è stato inibito di intervenire nell'economia con strumenti che alteravano il libero gioco della concorrenza, ha affidato al mercato la gestione dell'insolvenza conservando al procedimento la sua funzione pubblicistica utilizzando atti di autonoma privata, ragione per la quale il salvataggio transita attraverso la assegnazione delle attività e/o del loro valore ai creditori ed il trust consente di superare il momento critico creando una garanzia dinamica a loro favore grazie al suo duplice effetto di segregare le attività e destinarle alla realizzazione del fine.

# Trust e mercati vigilati. Un tentativo di approccio pratico

di Massimo Longhi

**SOMMARIO:** § 1. Premessa. – § 2. Un'eccezione. Redditi prodotti dai beni in trust. – § 2.1. Un'altra eccezione. Società quotate. *Internal dealing*. – § 2.2. Un'ulteriore eccezione. L'attività di assunzione di partecipazioni. – § 3. Mercati vigilati. – § 3.1. Mercati vigilati. I partecipanti al capitale. – § 3.2. Mercati vigilati. Requisiti dei partecipanti al capitale. – § 4. Uno specifico caso pratico. Il Registro degli Operatori di Comunicazione – ROC. – § 4.1. Il sistema delle comunicazioni al ROC. – § 4.1.1. L'iscrizione di un trust al ROC. – § 4.1.2. La titolarità della partecipazione. – § 4.1.3. La titolarità del diritto di voto. – § 5. Conclusione.

## § 1. Premessa.

Nella teoria classica, il trust non assume soggettività propria essendo semplicemente il risultato di una serie di rapporti giuridici finalizzati a vantaggio di uno o più beneficiari oppure alla realizzazione di uno scopo. L'insieme di mezzi, beni e/o diritti che ne costituiscono il fondo producono utilità e obbligazioni sempre riconducibili in capo ad altri soggetti. Innanzitutto al trustee, per effetto della appartenenza ad esso del fondo, ma anche in capo ad altri; ad esempio i beneficiari nel caso dei trust "nudi"(1).

Per determinate finalità, però, la regola generale subisce nel nostro sistema alcune eccezioni.

## § 2. Un'eccezione. Redditi prodotti dai beni in trust.

Dal punto di vista del fiscalista, ad esempio, il trust (per brevità; meglio sarebbe: "il fondo in trust") assume una propria soggettività ritrovandosi incasellato fra le "organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo"(2) per effetto dei vincoli di segregazione e di destinazione ai quali è sottoposto il fondo(3).

La legge finanziaria 2007(4) accoglie infatti nella sostanza i contenuti della proposta di legge n. 6230 sull'affidamento fiduciario, presentata nel corso della passata legislatura, suffragando l'indirizzo prevalente

in dottrina e nella prassi. Va rilevato che, integrando l'art. 73 TUIR, l'attenzione del legislatore si è appuntata sul trust *tout-court*, anziché sul patrimonio, o sul fondo, cosa che avrebbe probabilmente assicurato una maggiore efficienza.

Per inciso, l'assimilazione a fini fiscali del trust a un ente implica anche la necessità di qualificarlo – commerciale, o non commerciale – a seconda che esso abbia, o meno, per oggetto esclusivo(5) o principale l'esercizio di attività commerciali; affinché il trust non svolga attività commerciale, è necessario che il trustee "eserciti i poteri che gli derivano dalla proprietà senza porre in essere attività di negoziazione organizzata in forma commerciale (l'ampiezza delle operazioni non assume rilevanza, né l'impiego di consulenti), né atti di interferenza diretta o indiretta nella gestione di eventuali imprese controllate"(6)(7).

### Note:

Massimo Longhi è amministratore delegato di Cofircont Compagnia Fiduciaria SpA.

(1) Sul concetto e sui relativi risvolti fiscali, v. G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2005, 169.

(2) Art. 73, Il comma, D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("TUIR").

(3) V. Studio del Gruppo di Lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it).

(4) Art. 1, LXXIV comma, legge 27 dicembre 2006, n. 296 ("legge Finanziaria 2007").

(5) Art. 73, IV e V comma TUIR: "L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato".

(6) M. Piazza, Relazione presentata al Convegno "Impiego pratico del trust interno", organizzato da Cofircont Compagnia Fiduciaria S.p.A. e da Investitori SGR S.p.A., svoltosi in Milano, 8 febbraio 2006.

(7) La considerazione riportata ha valenza generale. Nello specifico, va analizzato il dovere-potere di ingerenza nella gestione che la legge regolatrice impone al trustee; in alcune giurisdizioni esso può essere fortemente limitato, come descritto da E. Barla De Guglielmi, *Il Vista Trust*:  
(Segue)

**Saggi****§ 2.1. Un'altra eccezione. Società quotate. Internal dealing.**

In diverso ambito e con riferimento alle società quotate, anche la Consob, dopo aver aderito anni addietro alla teoria classica(8), ha ritenuto di trattare il trust in modo unitario nel formulare il nuovo art. 152 *sexies* del Regolamento Emittenti(9). In esso sono individuati in dettaglio i soggetti rilevanti che hanno obblighi di comunicazione delle operazioni aventi ad oggetto azioni o altri strumenti finanziari emessi dall'emittente quotato, e le persone a loro strettamente legate. Fra queste ultime, la Consob menziona i "trust in cui un soggetto rilevante o una delle persone indicate al punto 1 sia titolare, da solo o congiuntamente tra loro, della funzione di gestione", e i "trust costituiti a beneficio di un soggetto rilevante o di una delle persone indicate al punto 1". Anche sul piano lessicale è significativa l'inclusione del trust in un elenco di "persone".

Gli obblighi di comunicazione spettano al soggetto rilevante e la modulistica approntata dalla Commissione, negli spazi riservati ai soggetti diversi dalle persone fisiche, contempla la possibilità che esso sia un trust. I modelli non richiedono di precisare l'identità del trustee, salvo non emerga dal complesso della comunicazione che si tratta del medesimo soggetto rilevante tenuto all'oltro.

Come si vede, anche la Commissione ha scelto di soggettivizzare il trust per le dette finalità imponendo obblighi in capo al trust, non al trustee (né ai beneficiari). Coerentemente, le sanzioni – di natura pecuniaria – previste dall'art. 193, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("TUF") sono a loro volta adeguate alla bisogna essendo tranquillamente irrogabili nei confronti del medesimo soggetto obbligato: il trust, per l'appunto.

**§ 2.2. Un'ulteriore eccezione. L'attività di assunzione di partecipazioni.**

L'assunzione di partecipazioni, che rappresenta uno dei più frequenti impieghi del trust, qualora si concretizzi in un'attività esercitata in forma d'impresa(10) e non nei confronti del pubblico comporta l'obbligo di iscrizione all'apposito albo tenuto presso l'Ufficio Italiano dei Cambi ai sensi dell'art. 113, D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 ("TUB").

Anche in questo caso l'entificazione del trust permette di perseguire correttamente le finalità della legge che intende vigilare sul soggetto (inteso come fe-

nomeno organizzativo) il quale esercita l'attività di assunzione di partecipazioni. Esso non può che essere individuato nel trust. Ipotizzare d'iscrivere all'albo il trustee, anziché il trust, non avrebbe nessun senso solo osservando che ciò comporterebbe una inaccettabile confusione di ruoli: di regola il primo esercita un'attività affatto diversa da quella vigilata; addirittura può benissimo trattarsi di una persona fisica che non esercita alcuna attività d'impresa. Resta fermo che i prescritti requisiti di onorabilità e indipendenza devono essere verificati in capo ai soggetti titolari di poteri gestionali o dispositivi: il trustee prima di tutti.

Si tratta di un'ipotesi al momento piuttosto remota per gli ostacoli di natura fiscale che l'impiego di un trust-impresa in funzione di *holding* costringerebbe ad affrontare, tanto che a tutt'oggi non risulta alcun trust iscritto all'albo, il quale annovera peraltro i più svariati soggetti. Ciò nondimeno la riflessione è pertinente al tema qui trattato e merita un'attenzione che, pur esulando dalla finalità di queste note, non può essere sottovalutata, visto che l'abusivo esercizio dell'attività è penalmente sanzionato tramite l'art. 132. TUB.

Sul piano della tecnicità l'iscrizione all'albo non comporterebbe particolari problemi essendo consentita a soggetti che possono assumere, come detto, le più svariate forme; al momento della stesura di queste note fra gli iscritti all'albo esercenti solo attività di assunzione di partecipazioni risultano un paio di fondazioni e, curiosamente, perfino una Onlus. È espressamente prevista la voce "altre specie giuridiche estere" nelle quali il trust può tranquillamente rientrare.

**Note:**

(Continua nota 7)

dalle Isole Vergini Britanniche: una soluzione (controversa) ai trust di partecipazioni azionarie, in questa Rivista, 2005, 231.

(8) V. la comunicazione n. DAL/RM/96004904 del 27/05/1996 nella quale gli obblighi informativi previsti dall'art. 1/5 dell'allora vigente legge 7 giugno 1974, n. 216 venivano attribuiti al trustee sul presupposto della titolarità della partecipazione.

(9) Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni.

(10) Il Decreto del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994 (Determinazione, ai sensi dell'art. 106, IV comma, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, del contenuto delle attività indicate nello stesso art. 106, I comma, nonché in quali circostanze ricorre l'esercizio delle suddette attività nei confronti del pubblico) prevede che "per assunzione di partecipazioni si intende l'attività di acquisizione, detenzione e gestione dei diritti, rappresentati o meno da titoli, sul capitale di altre imprese". La precisazione "altre imprese" lascia intendere che l'attività in questione acquista rilevanza solo se esercitata, per l'appunto, da imprese.



Ovviamente, qualora l'attività fosse esercitata nei confronti del pubblico il problema non si porrebbe. Il trust ne sarebbe escluso per difetto dei requisiti di forma.

### § 3. Mercati vigilati.

Nella seguente tabella sono riepilogati alcune – le

principali – attività vigilate esercitabili da società al cui azionariato è plausibile partecipi un trust. Con l'indicazione dei principali riferimenti normativi, sono succintamente descritti gli eventuali requisiti previsti per i partecipanti al capitale, la soglia di partecipazione al di sopra della quale è prescritto il possesso dei requisiti medesimi, e l'esistenza di obblighi di trasparenza.

Settore di attività riferimento normativo	Requisiti per i partecipanti al capitale riferimento normativo	Soglia di partecipazione	Obblighi di trasparenza
<b>Agenzia in attività finanziaria</b> D. Lgs. 25 settembre 1999, n. 374	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 517	Qualsiasi partecipazione	No
<b>Agenzie per il lavoro</b> D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276	Requisiti di onorabilità (per i soli soci accomandatari) D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276	Qualsiasi partecipazione	No
<b>Assicurazioni</b> L. 9 gennaio 1991, n. 20(1)	Condizione di reciprocità(2)	Qualsiasi partecipazione	Sì
<b>Banche e società finanziarie capogruppo</b> D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 18 marzo 1998, n. 144	5% o controllo	Sì
<b>Cambiavalute</b> D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 517	Qualsiasi partecipazione	No
<b>Commercianti di oro</b> L. 17 gennaio 2000, n. 7	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 517	Qualsiasi partecipazione	No
<b>Intermediari Finanziari</b> D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 517	5% o controllo	Sì
<b>Intermediari Finanziari non operanti nei confronti del pubblico (art. 113 TUB)</b> D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 517	5% o controllo	No
<b>IMEL Istituti di Moneta Elettronica</b> D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 18 marzo 1998, n. 144	5% o controllo	Sì
<b>Mediatori Creditizi</b> L. 7 marzo 1996, n. 108	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 30 dicembre 1998, n. 516	Controllo	No
<b>Operatori di Comunicazione</b> L. 31 luglio 1997, n. 249			Sì
<b>Organismi di Conciliazione</b> D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5	Requisiti di professionalità e onorabilità D. M. Tesoro 11 novembre 1998, n. 468	Qualsiasi partecipazione	Sì
<b>SIM, SGR, SICAV</b> D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 11 novembre 1998, n. 469	5% o controllo	Sì
<b>Società di gestione accentrata di strumenti finanziari</b> D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 11 novembre 1998, n. 471	5% o controllo	Sì
<b>Società di gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari</b> D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58	Requisiti di onorabilità D. M. Tesoro 11 novembre 1998, n. 471	5% o controllo	Sì
<b>Società Organismi di Attestazione</b> L. 11 febbraio 1994, n. 109	Requisiti d'indipendenza D. P. R. 25 gennaio 2000, n. 34	Qualsiasi partecipazione	Sì
<b>Società quotate</b> D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58			Sì

(1) Fino all'emanazione dei provvedimenti attuativi del Codice delle Assicurazioni (D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209), continuano a trovare applicazione le disposizioni vigenti in precedenza.

(2) Art. 10, V comma L. 9 gennaio 1991, n. 20: "Se alle operazioni [...] [che comportano l'assunzione di una partecipazione qualificata, ovvero del controllo dell'impresa, n.d.a.] partecipano enti o imprese di Stati che non applichino il principio della reciprocità di trattamento, imponendo disposizioni discriminatorie o applicando clausole aventi effetti analoghi nei confronti di acquisizioni effettuate da parte di imprese o enti italiani, l'ISVAP comunica la domanda di autorizzazione al Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, su proposta del quale il Presidente del Consiglio dei Ministri può, entro un mese dalla comunicazione, anche per ragioni essenziali di economia nazionale, vietare l'autorizzazione". La stessa disposizione è sostanzialmente ripetuta nell'art. 68, VI comma del Codice delle Assicurazioni (D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209). Si tratta quindi di verificare l'esistenza della condizione in base al paese nel quale ha sede il trust.

**S a g g i****§ 3.1. Mercati vigilati. I partecipanti al capitale.**

Sui mercati finanziari sono disponibili una serie di veicoli e strumenti che si prestano con una certa facilità a utilizzi impropri<sup>(11)</sup> essendo suscettibili di garantire un grado di anonimato anche elevato. Basta pensare a forme di interposizione affidate a soggetti che operano al di fuori di ogni controllo o autorizzazione; alle catene societarie formate da veicoli sparsi in diverse giurisdizioni; alle IBC<sup>(12)</sup> con azioni al portatore, *nominee directors*, e nessun obbligo contabile o di bilancio; alle varie forme di *limited partnership*, ecc. In una certa misura lo stesso trust può essere utilizzato per finalità illecite in virtù della estrema flessibilità che lo caratterizza e per gli scarsi controlli e forme di pubblicità alle quali è sottoposto, con la lodevole eccezione di alcune giurisdizioni generalmente non di *common law*<sup>(13)</sup>.

Ai potenziali abusi, ma solo per le proprie finalità, mette un freno la nuova normativa antiriciclaggio designata dalla III Direttiva dell'Unione Europea prevedendo che sia comunque individuato il titolare effettivo delle operazioni.

Al di là delle fattispecie citate nei paragrafi precedenti e di altri casi nei quali il trust si inserisce più nelle pieghe della mancanza di una regolamentazione specifica che nel solco di una ponderata riflessione, nella maggior parte delle legislazioni speciali dedicate a mercati vigilati non si è finora ritenuto di affrontare il fenomeno trust. Forse anche a causa di una sottovalutazione quantitativa.

In effetti, la trasgressione concettuale consistente nel trattare il trust in modo unitario e autonomo può condurre a risultati pratici apprezzabili qualora applicata, in un'ottica complessiva, al caso della detenzione di partecipazioni in società esercenti attività vigilate.

La vigilanza esercitata dalle varie *authorities* di settore sui partecipanti al capitale delle imprese è finalizzata ad accertare l'influenza che la partecipazione, diretta o indiretta, può garantire sulla gestione. Viene quindi generalmente richiesta una trasparenza in ordine all'appartenenza delle partecipazioni, all'esistenza di un eventuale controllo sull'emittente, e alla titolarità del diritto di voto.

A seconda dei settori, l'obbligo di comunicare le informazioni può gravare sui vari soggetti che compongono la catena partecipativa com'è il caso delle imprese sottoposte al TUB o al TUF, oppure sull'impresa direttamente vigilata, la quale ha l'onere di

fungere da collettore delle informazioni raccolte presso i partecipanti al proprio capitale, trasmettendo le stesse in unica soluzione all'autorità vigilante com'è il caso degli operatori di comunicazione di cui si dirà più oltre.

**§ 3.2. Mercati vigilati. Requisiti dei partecipanti al capitale.**

Oltre agli obblighi di *disclosure* per i partecipanti al capitale di società operanti in settori vigilati sono spesso previsti requisiti di varia natura. Nelle disposizioni attuative del testo unico bancario e del testo unico della finanza ricorre frequentemente una disposizione secondo la quale "con riferimento alle fattispecie disciplinate in tutto o in parte da ordinamenti stranieri, la verifica dell'insussistenza delle condizioni previste [...] è effettuata sulla base di una valutazione di equivalenza sostanziale".

Non risulta che finora sia stato dato un contenuto specifico alla "sostanziale equivalenza", ma, soprattutto, non risulta che sia stato affrontato il problema dell'individuazione del soggetto in capo al quale i requisiti debbono essere verificati. Nel caso dei trust il soggetto di riferimento è senz'altro il trustee. Resta da domandarsi se potrebbe essere opportuno estendere il possesso dei requisiti ad altre figure – disponente e guardiano, ad esempio – che possono esercitare qualche forma di influenza sulla funzione di gestione.

**§ 4. Uno specifico caso pratico. Il Registro degli Operatori di Comunicazione – ROC.**

Il registro è istituito, in esecuzione di quanto pre-

**Note:**

(11) Per un approfondimento sull'utilizzo illecito di schemi finanziari, v. il rapporto OECD 2001, *Behind the corporate veil: Using corporate entities for illicit purposes*, consultabile sul sito Internet dell'OECD all'indirizzo <http://www1.oecd.org/publications/e-book/2101131e.pdf>.

(12) *International Business Corporations*. Si tratta di veicoli caratterizzati da scarse formalità di costituzione e funzionamento che non possono condurre affari nella giurisdizione di residenza e vengono utilizzati per una serie di funzioni commerciali di piena liceità come la detenzione di proprietà intellettuali, il commercio internazionale, l'ottenimento di benefici previsti dalle convenzioni fiscali, ecc. Garantiscono però un livello di riservatezza incompatibile con la necessità di trasparenza dei mercati vigilati.

(13) La recente legge sammarinese, ad esempio, provvede all'istituzione di un apposito registro anche in ossequio alle raccomandazioni formulate dal GAFI. La proposta di legge sull'affidamento fiduciario citata in precedenza risulta carente sotto questo punto di vista.

visto dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, presso l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed è regolato da un allegato alla delibera 236/01/CONS del Consiglio dell'Autorità ("Regolamento per l'organizzazione e la tenuta del registro degli operatori di comunicazione").

Nonostante l'Autorità abbia impostato il sistema delle comunicazioni relative agli assetti societari in tempi recenti e secondo schemi piuttosto moderni, essa non ha ritenuto di prendere in considerazione il trust in relazione alla titolarità di partecipazioni in società iscritte al registro. Si tratta quindi di uno dei numerosi casi nei quali è necessario individuare regole chiare e di immediata applicabilità che permettano di perseguire le finalità di trasparenza, collocando anche il trust nel sistema disegnato dalla legge e dal Regolamento, senza aggravare gli operatori di adempimenti di difficile interpretazione. Il tutto compatibilmente con la multiformità dell'istituto.

#### § 4.1. Il sistema delle comunicazioni al ROC.

Sono tenuti all'iscrizione al ROC i soggetti che esercitano attività rilevanti(14); il Regolamento disegna un sistema finalizzato a evidenziare:

- la titolarità del potere di gestione: i soggetti costituiti in forma di persone giuridiche, enti, o associazioni non riconosciute debbono esplicitare(15) la composizione, la durata dell'organo amministrativo e le generalità del legale rappresentante e degli amministratori;

- la titolarità delle partecipazioni: a seconda dei casi, il Regolamento può limitarsi a prevedere solo la comunicazione dei componenti il primo livello della catena partecipativa, ovvero richiedere la ricostruzione della catena anche per i livelli successivi al primo "fino all'individuazione delle persone fisiche o soggetti equiparati dalla legge che detengono la maggioranza delle azioni o quote di ciascuna di dette società"(16). Per questi fini i soggetti equiparati alle persone fisiche sono le società quotate e le ditte individuali.

Inoltre, chi detiene il controllo su un soggetto iscritto al registro è direttamente tenuto a darne comunicazione al ROC(17). Qualora il controllante sia diverso da una persona fisica, esso è tenuto a fornire l'elenco dei propri soci e delle rispettive partecipazioni con diritto di voto;

- la titolarità del diritto di voto: il Regolamento disciplina i casi di intestazioni fiduciarie, di interpo-

sizioni di persona e gli altri casi nei quali il diritto di voto spetta a soggetti diversi dal titolare della partecipazione(18).

I soggetti che partecipano ad accordi fra soci sono tenuti a darne direttamente comunicazione al ROC(19).

#### § 4.1.1. L'iscrizione di un trust al ROC.

Il problema di individuare le persone che esercitano il potere di gestione si pone esclusivamente laddove un trust eserciti l'attività rilevante direttamente, anziché partecipando a veicoli aventi forme note al Regolamento, e richieda quindi in proprio l'iscrizione al ROC. Per l'esercizio di attività rilevanti e la conseguente iscrizione al registro, infatti, la legge non prescrive requisiti di forma.

Non risulta, al momento, che il caso si sia verificato, ma dell'ipotesi va tenuto conto. Anche in questo caso peraltro lo scoglio fiscale connesso all'esercizio di attività commerciali da parte del trust non ne fa prevedere l'imminenza.

In astratto, l'adempimento degli obblighi previsti dal Regolamento non presenta particolare complessità. Con riferimento all'esercizio del potere di gestione non pare necessaria un'analisi sulla distinzione di ruoli fra il trustee in quanto autonomo soggetto e in quanto titolare dell'ufficio. Le persone, o gli organi, interessati sono in questo caso pienamente coincidenti, contrariamente (forse) al caso della titolarità della partecipazione di cui si dirà più avanti. Il Mod. 4/Reg. predisposto dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni dovrebbe quindi essere compilato con i dati del trustee, se persona fisica, ovvero con i dati dei componenti l'organo amministrativo del trustee, qualora esso sia una persona giuridica. Non si aggiungono difficoltà particolari qualora dell'ufficio sia titolare un collegio, anziché un singolo soggetto.

#### Note:

(14) Ai sensi dell'art. 1 della Delibera 236/01/CONS.

(15) V. art. 10 della Delibera 236/01/CONS.

(16) V. art. 11, I comma, lett. c) della Delibera 236/01/CONS.

(17) V. art. 21, I comma della Delibera 236/01/CONS.

(18) V. art. 11, I comma, art. 12, II e III comma, art. 13, I comma, art. 14, I e II comma, art. 15, I comma, art. 16, I comma, art. 17, I comma della Delibera 236/01/CONS.

(19) V. art. 21, I comma della Delibera 236/01/CONS.

**Saggi**

Va però considerato che, nell'ambito di un trust e particolarmente nella prassi internazionale, è possibile che effettivi poteri di gestione sussistano anche in capo a soggetti diversi dal trustee: il guardiano, il disponente, i beneficiari, ma anche altri soggetti. Andrebbe precisato l'obbligo di individuare l'effettivo gestore sulla base dei contenuti dell'atto istitutivo e della legge regolatrice lasciando agli operatori il compito di determinare le migliori modalità per adempiere.

Il Regolamento dovrebbe quindi essere integrato per prevedere espressamente il caso, ora non contemplato.

**§ 4.1.2. La titolarità della partecipazione.**

Anche sotto questo profilo, attualmente il Regolamento non contempla l'ipotesi di partecipazioni sottoposte a trust, nonostante tenga conto di un elenco assai ricco di possibili partecipanti al capitale distinguendoli a seconda della loro forma<sup>(20)</sup>, fra persone fisiche; persone giuridiche (società di capitali, società di persone, cooperative); ditte individuali; enti (enti pubblici, fondazioni, associazioni); associazioni non riconosciute. La ricostruzione della catena deve proseguire esclusivamente in presenza di soggetti costituiti in forma societaria. Non è viceversa richiesto alcun approfondimento con riferimento a persone fisiche, ditte individuali, né ad altri soggetti partecipati da terzi, come le fondazioni, le associazioni e gli enti pubblici.

Conseguentemente, la presenza di un trust nella catena partecipativa pone all'operatore (e alla stessa Autorità, che sinora non risulta avere fornito indicazioni a chiarimento) il problema di individuare l'entità in capo alla quale appuntare il proseguimento della ricostruzione.

Qualora si decidesse di individuare tale entità nel trustee secondo la teoria classica, si tratterebbe di analizzare la forma da esso assunta: solo nel caso si trattasse di una società, la ricostruzione dovrebbe proseguire. Ne deriverebbero effetti gravemente distorsivi in quanto i beni in trust costituiscono patrimonio separato rispetto al patrimonio del trustee e il trustee è tenuto ad agire perseguendo finalità specifiche e indipendenti dagli interessi propri del soggetto che esercita l'ufficio, avendo per esclusivo riferimento le indicazioni programmatiche fornite dall'atto istitutivo. Non sussiste, fra il trust e il trustee, inteso come entità autonoma, separata dal proprio ufficio,

alcuna "sostanziale equivalenza degli interessi economici"<sup>(21)</sup>; il che sta alla base dell'impostazione seguita dalla Consob di cui si è riferito sopra. La netta distinzione di ruoli fra il soggetto "per sé" che ricopre l'ufficio di trustee e lo stesso soggetto in quanto adempiente le proprie obbligazioni fiduciarie è tanto più marcata laddove l'ufficio sia ricoperto da chi esercita tali funzioni in via professionale e tanto meno ancora può essere d'interesse, nella logica del sistema, la catena partecipativa retrostante il trustee qualora esso sia, ad esempio, una società fiduciaria la quale, oltre a esercitare la propria funzione in via professionale, è già soggetta a procedimento autorizzativo e vigilanza prudenziale da parte di altra autorità. Si aggiunga che eventuali tentativi di utilizzo improprio dell'istituto, finalizzati all'occultamento della persona al vertice della catena, potrebbero essere facilmente perseguiti affidando l'ufficio di trustee a persone fisiche. Ancora, individuando il trustee quale entità "rilevante" si porrebbero le basi per evidenti abusi: basterebbe ad esempio affidare l'ufficio a più trustee, o a più co-trustee anche nell'ambito di un unico trust, per diluire surrettiziamente le quote di ciascuno di essi.

Qualora invece si optasse per il trattamento unitario e autonomo del fenomeno trust, l'indagine, alla luce del disposto del Regolamento attualmente vigente e delle istruzioni fornite dall'Autorità tramite il sito Internet, dovrebbe interrompersi. Infatti, per le comunicazioni l'Autorità ha predisposto i Mod. 5/1/Reg., 5/2/Reg. e 5/3/Reg. Le istruzioni alla compilazione del Mod. 5/1/Reg. precisano che lo stesso "si utilizza per presentare la struttura del soggetto segnalante o dei soggetti della sua catena partecipativa aventi forma di S.p.A., S.A.P.A. o cooperative con azioni"; analogamente, il Mod. 5/2/Reg. dev'essere utilizzato per soggetti "aventi forma di S.R.L. o cooperative con quote"; infine, il Mod. 5/3/Reg. dev'essere utilizzato per soggetti "aventi forma di S.N.C. o S.A.S".

Per garantire la soddisfazione della *ratio* della norma sarebbe necessaria una opportuna, ma non complessa, integrazione del regolamento in modo da for-

**Note:**

(20) V. art. 10 della Delibera 236/01/CONS.

(21) V. CESR, Advice on the Second Set of Level 2 Implementing Measures for the Market Abuse Directive, agosto 2003, p. 17 e CONSOB, Documento di Consultazione Revisione Regolamenti Emittenti e Mercati, 13 Maggio 2005.

nire agli operatori gli strumenti adeguati per comunicare le generalità di soggetti, diversi dal trustee, in capo ai quali può essere verificata una sostanziale equivalenza rispetto all'effettivo interesse economico di un titolare: si dovrebbe trattare in generale dei beneficiari, se individuati, come può essere il caso dei trust il cui atto istitutivo contempra per il disponente la facoltà di revoca permettendogli di rientrare discrezionalmente nel pieno possesso della partecipazione; oppure dei trust nell'ambito dei quali il disponente sia anche beneficiario, oppure dei trust c.d. "nudi", nei quali sembra ci possano essere pochi dubbi sul fatto che la effettiva titolarità della partecipazione, sia pur temporaneamente "sospesa", è in capo ai beneficiari, per non dire dei beneficiari la cui posizione sia definitivamente acquisita<sup>(22)</sup>. L'entificazione del trust consentirebbe di proseguire la ricostruzione della catena nella giusta direzione qualora s'incontrassero, successivamente ad esso, soggetti societari.

#### § 4.1.3. La titolarità del diritto di voto.

Il voto generalmente rimane di pertinenza del trustee salve limitazioni in favore di terzi soggetti in presenza di pegno, usufrutto, partecipazioni munite di particolari diritti, o altri vincoli contrattuali. Il regolamento attualmente vigente è già atto a permettere l'indicazione di soggetti diversi dall'intestatario della partecipazione ai quali spetta il diritto di voto senza particolari problemi.

Così come il caso d'esistenza di limitazioni derivanti da diritti di garanzia, di godimento o da rapporti di natura statutaria o contrattuale, anche il caso di particolari disposizioni dell'atto istitutivo di un trust può già da subito trovare evidenza nell'attuale regolamentazione mediante un'accorta compilazione dell'apposito Mod.5/4/Reg. senza necessità di modifiche o integrazioni e senza complicare eccessivamente la vita degli operatori del settore.

### § 5. Conclusione.

Sulla base delle esperienze sinora maturate e di considerazioni di ordine pratico, sembra di poter affermare che, al fine di garantire le finalità delle norme speciali poste a tutela della trasparenza nei mercati vigilati, il trust può convenientemente essere trattato come fenomeno unitario e autonomo rispetto al trustee. Questo approccio, seppur imperfetto e

trasgressivo rispetto alla struttura dell'istituto, permette di evitare distorsioni e possibilità di abusi. Occorre inoltre rimarcare una volta di più che l'affidare l'ufficio di trustee a intermediari professionali, soggetti ad autorizzazione preventiva e vigilanza prudenziale, oltre a garantire la miglior applicazione della lettera e dello spirito delle norme, ottiene l'effetto di separare in modo quasi naturale, comunque inequivocabile, gli interessi e le finalità propri del trustee rispetto a quanto indicato dall'atto programmatico istitutivo del rapporto giuridico.

.....  
**Nota:**

(22) Per un'approfondita descrizione delle posizioni beneficiarie "vested", v. M. Lupoi, Trust interni e negozi di affidamento fiduciario, testo in corso di elaborazione.

Saggi

# La figura del trustee

di Gian Franco Condò

SOMMARIO: § 1. Introduzione. – § 2. Il trustee nella Convenzione de L'Aja ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364 entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1992. – § 3. La figura del trustee in generale. – § 4. Trustee italiano o straniero? Professionista o no? La *trust company*. – § 5. La forma. – § 6. Poteri, doveri, responsabilità del trustee. Le lettere di desiderio. Il collegio di trustee. – § 7. Il notaio, il trust, il trustee, la volontaria giurisdizione. – § 8. Sostituzione, revoca, cessazione del trustee. La successione del trustee. – § 9. Sede, compensi, consulenze, deleghe. – § 10. Atti di trasferimento al trustee. Atti di disposizione posti in essere dal trustee. – § 11. Il trust testamentario. – § 12. Trust e patto di famiglia. – § 13. Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee.

## § 1. Introduzione.

Inizio il mio intervento con una affermazione di Lupoi secondo il quale le obbligazioni del trustee costituiscono il cuore del trust.

Affermazione da condividere: il trustee costituisce il centro del trust, nel trustee si evidenziano quegli aspetti di “fede, fiducia, affidamento, confidenza” che, fin dalle origini storiche, fin nella etimologia, caratterizzano il trust.

Il trustee è l'unico soggetto necessario del trust: infatti può mancare il disponente come nei *constructive* e *resulting trust*, può mancare il beneficiario come nei *charitable trust* o nei trust di scopo, ma non può mai mancare il trustee.

È evidente come la fiducia riposta nel trustee sia una componente essenziale del trust che deve sussistere, anche se con caratteristiche diverse, sia con riferimento al trustee persona fisica, sia con riferimento al trustee persona giuridica.

Farò spesso riferimento alla legge di San Marino sui trust, unica legge in lingua italiana che potrebbe essere scelta come legge regolatrice di un trust.

Non ho alcun problema a raccomandare ai colleghi di non accettare l'incarico a redigere un atto istitutivo di trust se non hanno acquisito una approfondita conoscenza dell'istituto e se non conoscono la legge regolatrice scelta dal disponente.

In particolare voglio sottolineare che non è possibile far riferimento ad un formulario, né riferirsi ad un atto istitutivo stipulato da un amico, né costruire un atto istitutivo mettendo insieme clausole di diversa provenienza(1).

## § 2. Il trustee nella Convenzione de L'Aja ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364 entrata in vigore in Italia il 1° gennaio 1992.

L'articolo 2 della Convenzione de L'Aja prevede: “Per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente [...] qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del

### Note:

Gian Franco Condò è notaio in Lecco.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Corso di aggiornamento “Negozii di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts”, promosso dalle Università degli Studi di Bari, Genova, Milano, Roma “La Sapienza” e “Roma Tre”, organizzato dall'Unità per la Formazione Continua dell'Università di Genova, svoltosi in Roma il 27-29 ottobre e il 10-12 novembre 2006.

(1) Per un chiarimento sul punto vi suggerisco di leggere l'analisi di un atto istitutivo fatta da M. Lupoi, Osservazioni su due recenti pronunce in tema di trust, in questa Rivista, 2004, 362.

Sul trust in generale, v.: G. Bosco, Il trust e le categorie civilistiche: brevi spunti per una ricostruzione, Rass. dir. civ., 2001, 1; L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2004, p. 236 s.; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001; Id., Trust Laws of the World, A Collection of Original Texts, Roma, 2000, Id., L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005; S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001; A. Vicari, La sfida delle *trust companies* italiane, in S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, 68. Si veda, in generale, D. Muritano, Trust e diritto italiano: uno sguardo d'insieme (tra teoria e prassi), in Aa. Vv., Studi della commissione propositiva del C.N.N., consultabile sul sito Internet dell'Associazione “Il trust in Italia” all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>, con ampia nota. Per cenni storici sul trust, v.: W. T. Major, Basic English Law, Macmillan, 1991; M. Lupoi, Trust *supra*, in questa nota; M. Lupoi, Riflessioni comparatistiche sui “trusts”, Europa e dir. privato, 1998, 425; C. J. Sholefield, Relazione a Bruxelles, 1997; W. Burnham, Introduction To the Law and Legal System of the United States, St. Paul Minn., 1999; A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, Trust convenzionali, Roma, 1999; Aa. Vv., Materiali sul trust, Quaderni di Federnotizia, n. 12, 2000-2001; A. Busato, Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento, *sub* artt. 1 – 2, Nuova Giur. civ., 1993, 1229; F. Amatucci – N. Cecere – M. D'Errico – A. De Donato – V. De Donato – U. La Porta – G. Palermo – F. Pascucci – P. Schlesinger, Il trust nell'ordinamento giuridico italiano, Notariato, Quaderni, n. 7, Milano, 2002.

trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge. Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust".

L'articolo 8 prevede che la legge scelta dovrà regolamentare in particolare: "a) la nomina, le dimissioni e la revoca del trustee, la capacità particolare di esercitare le mansioni di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee; b) i diritti e gli obblighi dei trustee tra di loro; c) il diritto del trustee di delegare, in tutto o in parte, l'esecuzione dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri; d) i poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni; e) i poteri del trustee di effettuare investimenti; f) le restrizioni relative alla durata del trust ed ai poteri di accantonare gli introiti del trust; g) i rapporti tra il trustee e i beneficiari, ivi compresa la responsabilità personale del trustee verso i beneficiari, h) la modifica o la cessazione del trust; i) la ripartizione dei beni del trust; j) l'obbligo del trustee di render conto della sua gestione".

L'articolo 11 prevede che il riconoscimento del trust implica "che i beni del trust siano separati dal patrimonio personale del trustee, che il trustee abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio o di comparire in qualità di trustee davanti ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica".

L'articolo 12 prevede che il trustee "avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che rilevi l'esistenza del trust".

La mia relazione cercherà di approfondire alcuni dei punti sopra indicati.

### § 3. La figura del trustee in generale.

Da un punto di vista generale si può affermare che, attraverso la istituzione di un trust e l'affidamento ad un trustee, si può perseguire la realizzazione di finalità meritevoli di tutela per le quali il nostro ordinamento non prevede soluzioni idonee.

La dottrina prevalente costruisce il trustee come titolare di un ufficio di diritto privato nel quale coe-

sistono i concetti di potere e di dovere con la funzione di svolgere determinate attività per soddisfare determinati interessi.

Il trustee è il soggetto destinatario dell'obbligazione di attuare la finalità del trust per mezzo delle posizioni soggettive affidategli(2).

Il trustee è titolare dei beni; è il soggetto cui fa capo una posizione soggettiva vincolata, le formalità pubblicitarie avvengono al nome del trustee.

Ma la posizione del trustee può essere estremamente varia: dai trust nudi, ai trust discrezionali, ai trust auto-dichiarati; a poteri più o meno estesi; all'esistenza o meno del controllo di un guardiano o di lettere di desiderio; alla facoltà di identificare i beneficiari attribuita al trustee, ecc.

Le obbligazioni del trustee sono nei confronti dei beneficiari; egli non può trarre vantaggi personali dal trust; deve improntare la sua condotta alla massima buona fede, deve tenere i beni del trust distinti dai propri; deve fornire rendiconti. I suoi poteri (spesso ci si limita a dire che al trustee appartengono tutti i poteri del titolare) possono essere determinati dal disponente secondo il caso concreto.

I beneficiari sono titolari di diritti o di aspettative nei confronti del trustee; possono essere prefissati o determinati dal trustee. Non hanno alcun rapporto proprietario coi beni quando agiscono nei confronti del trustee, ad esempio perché egli ha confuso i beni del trust con i propri; la pronuncia giudiziaria non affermerà che i beni appartengono ai beneficiari, ma potrà confermare il vincolo del trust ed eventualmente revocare il trustee(3).

### § 4. Trustee italiano o straniero? Professionista o no? La trust company.

Fattispecie particolari (complesse operazioni societarie, residenza anche fiscale di un trust) potrebbero portare alla scelta di un trustee straniero, ma nella maggior parte dei casi una simile scelta non appare opportuna.

#### Note:

(2) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [supra, nota 1], p. 24.

(3) M. Dogliotti - A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, e, in particolare, P. Panico, La funzione del trustee in Italia, ivi, 69; E. Corso, Trustee e gestione dei beni in trust, Milano, 2000; sul trustee titolare di un ufficio di diritto privato, v. Webb c. Webb, Corte di Giustizia CEE, 17 maggio 1994, in questa Rivista, 2004, 112, che afferma che unico diritto reale è quello del trustee.

## Saggi

Alle indubbe difficoltà costituite dalla applicazione di una legge straniera, si aggiungerebbe quella delle difficili relazioni con un soggetto di lingua diversa e “lontano”.

Alcune proposte di legge italiane e alcune leggi straniere prevedono che i trustee debbano essere professionisti (banche, società specializzate, società finanziarie o fiduciarie, ecc.); in particolare si è affermato che solamente le società fiduciarie dovrebbero svolgere la funzione di trustee e in tal senso si è pronunciata anche l'ABI con riferimento ai trustee professionali.

La legge di San Marino sui trust prevede che solo società bancarie, finanziarie e fiduciarie autorizzate e aventi sede in San Marino possono rivestire l'ufficio di trustee; persone fisiche possono essere trustee solo se unitamente ad un trustee autorizzato(4).

In coerenza con l'indirizzo della scuola, io ho una idea del trust di tipo “anglosassone”: lo vedo come uno strumento duttile, da utilizzare con rapidità anche in situazioni di breve durata, di basso costo, di facile istituzione e chiusura nel quale qualunque persona “di fiducia” delle parti deve poter rivestire l'ufficio di trustee poiché il trust può rispondere ad esigenze strettamente personali (ad esempio un trust istituito a tutela di un disabile) che mal si concilierebbero con la presenza di un trustee professionale o persona giuridica.

In definitiva la scelta tra trustee professionali o meno, persone fisiche o giuridiche, andrà fatta di volta in volta a seconda della tipologia e degli scopi del singolo trust, a seconda della natura dei beni in trust.

La *trust company*(5) è una società che svolge professionalmente l'attività di trustee.

I vantaggi di una società trustee in determinati casi sono evidenti: la società avrà una specifica competenza professionale e ciò rileva soprattutto se i beni in trust sono valori finanziari; non creerà i problemi derivanti dalla durata del trust che, potendo superare la durata della vita del trustee, potrebbe richiederne la sostituzione con conseguente passaggio dei beni al nuovo trustee e possibili problemi di tipo fiscale.

Va notato che sono stati omologati e ricevuti da notai (dopo che il controllo omologatorio è stato ad essi attribuito) vari atti costitutivi di società trustee.

Il notaio potrebbe essere richiesto di ricevere l'atto costitutivo di una *trust company*.

L'attenzione del notaio dovrà, come è evidente,

concentrarsi sull'oggetto sociale esplicitando chiaramente che la società, oltre ad eventuali altri scopi, intende assumere l'ufficio di trustee (e anche quello di guardiano).

Particolare attenzione va prestata, nella redazione dell'oggetto sociale, a non formulare clausole che potrebbero far rientrare la società nel campo delle società fiduciarie regolate da una particolare normativa.

### § 5. La forma.

Se i poteri di un trustee che agisca in Italia sono regolati dalla legge scelta, ci si deve chiedere come e quando un trustee deve dichiarare la sua qualità.

La segregazione è un effetto minimo e necessario del riconoscimento (art. 11 della Convenzione), ma si pone il problema della sua opponibilità ai terzi.

Quando si tratti di beni le cui vicende di circolazione sono soggette a pubblicità (in Italia beni immobili e mobili registrati, partecipazioni societarie, ecc.) il trustee potrà chiedere, nella sua qualità, l'esecuzione delle relative formalità (art. 12 della Convenzione).

Va notato che la pubblicità non riguarda il trust, ma il trasferimento di un diritto dal disponente al trustee(6).

La pubblicità ha la funzione di tutelare il disponente, rendendo opponibile ai terzi il “patrimonio se-

#### Note:

(4) F. Treggiari – M. Mularoni – M. Verni, Il trust nella nuova legislazione di San Marino, in Aa. Vv., Il trust nella nuova legislazione di San Marino. Analisi della disciplina civilistica e fiscale, Rimini, 2005.

(5) Atti costitutivi sono stati omologati da Trib. Prato, 20 gennaio 2001, inedita; Trib. Firenze, 4 aprile 2000, Mass. Giur. it., 2000, 456; Trib. Bologna, 5 dicembre 2000, Giur. it., 2001, 5864.

(6) Sulla pubblicità del trust vedi P. Piccoli, Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee, in questa Rivista, 2000, 227; F. Steidl, Prassi italiana in materia di pubblicità societaria, ivi, 2000, 130; A. Gambaro, Trasferimento di quote societarie al trustee: iscrizione nel registro delle imprese, ivi, 225; G. Gallizia, Trattamento tributario dell'atto dispositivo di un trust di beni immobili, in questa Rivista, 2001, 147; L. Monti, Trust unilaterale e trascrizione, in questa Rivista, 2003, 480, a p. 483; M. Dolzani, Il trust nel sistema pubblicitario del libro fondiario, ivi, 2003, 567; A. Palazzo, Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust, in questa Rivista, 2002, 337; F. Steidl, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – I, ivi, 2002, 350; M. L. Cenni, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – II, ivi, 355; G. Gallizia, Trascrizione di atti attributivi di beni immobili al trustee – III, ivi, 362; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, ivi, 241; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580, a p. 583; F. Cerio, La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili, in questa Rivista, 2005, 185.



gregato”, i beneficiari e la certezza del traffico giuridico.

Anche il trustee che intervenga in un atto dispositivo dovrà rivelare la sua funzione.

Non a caso legislazioni che disciplinano il trust hanno anche previsto forme di pubblicità degli atti istitutivo e modificativo e albi o registri dei trustee; non a caso nella proposta di legge unificata, in materia di conflitto di interesse, approvata dalla camera dei Deputati il 22 aprile 1998, prevedendo che i soggetti politici che si trovino in conflitto di interesse possano conferire ad un trust le proprie attività, si prevede un albo dei trustee (per altro chiamati gestori); non a caso il Secit nella sua delibera n. 37 segnala la necessità di evidenziare i trust istituiti in Italia mediante catalogazione meccanografica che ne permetta la conoscibilità ai fini giuridici e fiscali.

Va notato che la legge di San Marino prevede che l'atto istitutivo di trust tra vivi deve rivestire la forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata a pena di nullità e prevede un registro dei trust; la Convenzione, invece, prevede la forma scritta.

Si può ipotizzare, a carico del trustee, un obbligo di tenuta di un registro sul quale annotare gli atti istitutivi e modificativi del trust: sarebbe un obbligo di forma ex art. 1352 cod. civ. possibile se si accetta la tesi secondo cui le parti possono scegliere qualsiasi forma convenzionale.

La legge di San Marino prevede espressamente un obbligo del trustee a istituire, aggiornare e custodire il libro degli eventi, indicando dettagliatamente quanto deve risultare da tale libro (art. 29)(7).

## § 6. Poteri, doveri, responsabilità del trustee. Le lettere di desiderio. Il collegio di trustee.

Possiamo affermare che i rapporti col trustee, e quindi i suoi poteri, abbiano in senso lato e senza entrare in definizioni strettamente giuridiche, natura fiduciaria.

Il disponente può variamente regolare i poteri sia attraverso disposizioni dell'atto istitutivo che possono riservare determinate facoltà al disponente, sia attraverso la nomina di un guardiano, sia attraverso lettere di desiderio, sia attraverso la previsione di un collegio di trustee, ecc.; in generale il trustee può conferire deleghe.

In generale si può distinguere tra poteri (doveri) di gestione e amministrazione e poteri (doveri) di di-

sposizione che possono comprendere quelli di surrogazione di un bene ad un altro (vendita di un immobile per acquistarne un altro).

Nei poteri di gestione e amministrazione spettanti al trustee rientrano sia i beni che i loro redditi; nei poteri di disposizione può rientrare la facoltà di locare, affittare, dare in godimento ai beneficiari i beni, ipotecare.

Un potere particolare che può o meno essere riconosciuto al trustee è quello di anticipazione: al trustee viene attribuito il potere di “anticipare” rispetto alla fine del trust un determinato vantaggio a favore di un beneficiario (ad esempio l'anticipo di somme per finire gli studi).

Un altro particolare potere che può spettare al trustee è quello di vincolare in un nuovo trust determinati beni che spetterebbero al beneficiario.

L'articolo 10 della Convenzione consente che la legge che regola il trust sia modificata; tale modifica può essere consentita al trustee (eventualmente col consenso del guardiano) sotto forma di facoltà di sostituire la legge regolatrice del trust e di modificare qualsiasi disposizione dell'atto istitutivo in conseguenza della diversa scelta della legge regolatrice.

Con riferimento all'atto istitutivo, si parla di trust *for sale*, nel quale è espressa la facoltà di disposizione del bene; ma si parla anche di direttive che il disponente può dare in modo vincolante o meno per il trustee.

Limiti ai poteri del trustee possono derivare dall'esistenza di una pluralità di essi (ad esempio decisioni all'unanimità o a maggioranza). Tra i poteri del trustee può rientrare la nomina dei beneficiari. Tale potere può essere previsto dall'atto istitutivo, che può indicare determinate categorie all'interno delle quali operare la scelta. Tuttavia, il potere di nomina dei beneficiari può essere attribuito ad un terzo, che potrebbe essere anch'egli un beneficiario (ad esempio l'atto istitutivo può prevedere un trust nel quale siano ulteriori beneficiari i figli dell'unico beneficiario, da quest'ultimo scelti).

Al trustee può anche essere attribuito il potere di variare enormemente la vita del trust, ad esempio

### Nota:

(7) La proposta di tenuta di un registro degli eventi è stata da me formulata in un convegno svoltosi a Milano il 21 maggio 1999; è stata ripresa da L. F. Risso, Il libro degli eventi, in questa Rivista, 2000, 127, che ipotizza la tenuta del libro da parte del trustee, propone la clausola da inserire negli atti istitutivi, suggerisce che la tenuta del libro venga affidata, invece che al trustee, ad un notaio.

**Saggi**

prevedendo la possibilità di modificare i beneficiari indicati dall'atto istitutivo, aggiungendone o eliminandone alcuni: sarebbe un esempio di una rilevante volontà del disponente.

Un caso interessante è quello relativo ad un trust per soddisfare le pretese di un piccolo gruppo di azionisti(8). Un imprenditore detiene l'80% delle azioni di una s.p.a., mentre le restanti azioni sono detenute da un gruppo di azionisti che, peraltro, manifesta le varie, tra cui la ritardata quotazione in Borsa della società. L'imprenditore, per sedare le opposizioni, istituisce un trust trasferendo un pacchetto di azioni al trustee con l'incarico di trasferirle a quegli azionisti che non alienino le loro azioni e non inizino azioni nel periodo necessario ad ottenere la quotazione della società. Al trustee il disponente ha indicato gli azionisti dissenzienti e ha previsto che i piccoli azionisti, per diventare beneficiari delle azioni, dovessero manifestare il loro impegno al trustee.

Primo dovere del trustee è quello di amministrare i beni in trust (art. 2, lettera c) della Convenzione): per poter amministrare i beni dovrà entrarne in possesso, tutelarne la integrità, compiere tutti gli atti necessari o compatibili con la volontà espressa dal disponente, rispondere nei confronti dei terzi, pagare le imposte, dare il rendiconto della amministrazione.

Come la dottrina suggerisce, se la legge scelta è quella inglese, può essere opportuno richiamare il *duty of care* previsto dal Trustee Act inglese del 2000, recepito nell'ordinamento statunitense.

Nell'esplicazione dei suoi doveri il trustee è tenuto alla diligenza dell'*ordinary prudent man* prevista dalla *common law* (qualcosa di analogo alla nostra diligenza del padre di famiglia); ha un dovere di lealtà nei confronti dei beneficiari, dovendosi quindi astenere dal perseguire qualsiasi interesse personale e dovendo essere imparziale nei loro confronti.

Eventuali clausole di esonero dalla diligenza e dalle relative responsabilità devono essere attentamente valutate con riferimento alla legge scelta.

Pur essendo il trustee proprietario dei beni a lui intestati, egli incontra, come è nella natura strutturale del trust, dei limiti nei suoi poteri di gestione, amministrazione, disposizione; limiti che rilevano sia in tema di validità degli atti compiuti (il che interessa da vicino il notaio) sia in tema di responsabilità.

Tra gli obblighi essenziali del trustee vi è quello di rendiconto (art. 2, lettera c) e art. 8, lettera j) della Convenzione): l'atto istitutivo può prevedere le modalità di tenuta della contabilità e della documenta-

zione relativa e prevedere la periodicità del rendiconto (ad esempio, potrebbe trattarsi di un rendiconto certificato da revisori oppure di una semplice registrazione di entrate e uscite).

Il Trustee Investments Act inglese del 1961 ha rielaborato gli *standard* di diligenza nella amministrazione dei trust. Negli USA la diligenza del trustee è regolata da norme statali e non federali. Ma nel 1995 l'American Bar Association ha approvato l'Uniform Prudent Investor Act che codifica le regole cui si devono attenere i trustee. È poi stato predisposto un testo uniforme per la regolamentazione del ruolo del trustee.

Sia in Inghilterra che negli USA vige la prassi di disciplinare poteri e doveri del trustee in modo completo, anche ampliando le previsioni delle norme vigenti in modo da consentire al trustee di agire come un proprietario.

Fondamentale è quella che Lupoi chiama la posizione dominicale del trustee, che non intendo qui trattare perché certamente al centro di altre relazioni.

Mi limito a richiamare gli articoli della Convenzione sopra riportati, a sottolineare come nell'atto istitutivo possono essere introdotte clausole che, ad esempio, vietano al trustee l'alienazione di determinati beni (vedi, però, l'art. 1379 cod. civ.) o di tutti i beni, con la conseguente espressa attribuzione di un'azione al guardiano o ai beneficiari contro il trustee che violi tale disposizione.

Una parte importante del diritto del trust riguarda la *breach of trust* che, secondo la legge inglese, comprende ogni azione o omissione che il trustee compia in violazione di quanto previsto dall'atto istitutivo del trust o dalla legge. Le violazioni dei doveri del trustee possono essere le più varie: norme di comportamento derivano dalla struttura stessa del trust, altre norme derivano dalla Convenzione, altre, infine, possono derivare dall'atto istitutivo e dalla legge regolatrice.

Particolarmente rilevante nel diritto inglese è l'azione di *tracing*, che consente al beneficiario di "recuperare" il bene (o il bene ad esso surrogato) qualora il trustee l'abbia abusivamente alienato o compreso nel suo patrimonio.

**Nota:**

(8) E. Berti Riboli, L'attività del trustee nel "trust per la fidelizzazione dei piccoli azionisti", in questa Rivista, 2003, 322.

Nel nostro ordinamento l'inadempimento del trustee, che potrebbe avvenire anche nel caso di trust testamentario, non può ovviamente dar luogo al *tracing* di diritto inglese (art. 11, lettera d) della Convenzione), ma potrebbe dar luogo a un'azione di annullamento, a un'azione revocatoria e a un'azione di risarcimento dei danni: è dall'affidamento che deriva l'assenza di rimedi giuridici del disponente contro il trustee.

Va tenuto presente, come principio fondamentale, che il disponente non può imporre al trustee comportamenti che incidano sulla sua autonomia, che va riferita agli interessi del trust istituito; tuttavia, il disponente, il guardiano e i beneficiari possono far conoscere al trustee le proprie intenzioni mediante lettere di desideri.

A proposito del guardiano, va sottolineato che la sua presenza, oltre a controllare il trustee, può essere opportuna per dare al medesimo un sostegno nelle scelte che egli debba di volta in volta effettuare(9).

Le leggi sui trust prevedono solitamente l'unanimità dei consensi quando i trustee siano più di uno. È però possibile che l'atto istitutivo contenga deroghe prevedendo altri regimi (decisioni disgiunte, decisioni a maggioranza, ecc.).

Qualche legge prevede che almeno uno dei trustee sia residente nel paese della legge regolatrice.

## § 7. Il notaio, il trust, il trustee, la volontaria giurisdizione.

Il notaio che entri nel mondo del trust potrà trovarsi a risolvere problemi di volontaria giurisdizione, come quelli che indico brevemente.

Tizio istituisce un trust avente come beneficiario un minore; per qualche ragione il trustee deve alienare il bene in trust. Ci si chiede se il trustee debba o meno richiedere l'autorizzazione ex art. 320 cod. civ. sul presupposto che, pur essendo il trustee proprietario del bene, lo gestisce e lo amministra nell'interesse di un beneficiario incapace.

Una parte della dottrina ritiene che l'autorizzazione sia necessaria; altra parte nega tale necessità; altra ancora ritiene che l'autorizzazione sarebbe necessaria solo se trustee fossero i genitori del minore e solo se l'atto istitutivo non escluda tale necessità (argomento proposto sulla base dell'art. 169 cod. civ. in tema di fondo patrimoniale).

Mi limito qui a segnalare il problema affermando

che, a mio parere, l'autorizzazione non è necessaria perché il beneficiario minore non è proprietario dei beni e perché il trustee non è il legale rappresentante del minore.

Diverso è il caso di alienazione di un diritto del beneficiario (aspettativa) incapace: non vi è dubbio che il legale rappresentante dell'incapace si debba fornire delle autorizzazioni richieste.

Una clausola dell'atto istitutivo che escludesse la necessità di tale autorizzazione si porrebbe in contrasto con l'art. 15 della Convenzione ("la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro [...] in particolare nelle seguenti materie [...] a) la protezione di minori e incapaci").

I rappresentanti di un incapace potrebbero pensare di istituire un trust trasferendo al trustee determinati beni del minore per determinati scopi: si porrà il problema se l'atto istitutivo e l'atto di trasferimento del bene in trust costituiscano atti di straordinaria amministrazione. A mio parere, nella quasi generalità dei casi, l'atto dispositivo costituirà atto di straordinaria amministrazione.

Più opinabile è se sia necessaria l'autorizzazione a stipulare l'atto istitutivo di trust prima dell'atto di trasferimento del bene al trustee. Mi sembra si possa risolvere il problema stipulando un atto istitutivo che comprenda anche il trasferimento del bene, richiedendo così un'unica autorizzazione(10).

## § 8. Sostituzione, revoca, cessazione del trustee. La successione del trustee.

Normalmente il trustee accetta l'incarico o nell'atto istitutivo o successivamente: ciò è consigliabile nei trust interni ed è previsto nella legge di San Marino.

### Note:

(9) E. Di Petrillo, Il *protector* (guardiano del trust): nuove prospettive per la funzione notarile. I disegni di legge italiani sul trust. Spunti propositivi, in Aa. Vv., Studi della commissione propositiva del C.N.N., consultabile, come i disegni di legge sul trust, sul sito Internet del Parlamento italiano all'indirizzo <http://www.parlamento.it>.

(10) Aa. Vv., Esercizio di poteri gestori nel contesto internazionale, Atti del Convegno di Treviso, 18-19 novembre 1994, Milano, 1996; con riferimento alle problematiche relative agli incapaci vedi S. Bartoli, Il *Trust* [supra, nota 1], p. 640 s; Id., Trust con beneficiari incapaci e rispetto delle nostre norme imperative in materia, in questa Rivista, 2003, 560; M. Dogliotti, Trust e amministrazione dei beni del minore, in questa Rivista, 2004, 212; I. Lipparini, Trust, interesse del minore e ruolo del giudice tutelare, ivi, 534.

**Saggi**

Un trustee cessa di essere tale:

- per rinuncia;
- per revoca;
- per morte;
- per impossibilità a continuare nell'incarico (ad esempio, per incapacità);
- per fine del trust.

Dall'elenco risulta evidente che la cessazione del trustee può derivare da una propria manifestazione di volontà, da una manifestazione di volontà di altri soggetti, da un fatto (morte o incapacità), o da un fatto inerente al trust.

Si prospettano quindi almeno due possibilità: cessazione del trustee, ma continuazione del trust; fine del trust che implica cessazione del trustee. Nel caso di cessazione di un trustee con continuazione del trust, si pone il problema della sostituzione del trustee: negli atti istitutivi appare opportuno inserire clausole sulla sostituzione del trustee e sul trasferimento di beni al nuovo trustee. Ad esempio, è generalmente consigliabile indicare più trustee con la previsione che, al venir meno di uno di essi, gli subentrino un altro.

La sostituzione di un trustee implica, da un lato, il venir meno della sua posizione (titolarità, poteri, obblighi, responsabilità); dall'altro, un trasferimento di tale posizione ad altro trustee.

La sostituzione del trustee è un effetto giuridico che, a prescindere dai meccanismi di sostituzione, non implica alcuna manifestazione di volontà.

Nel caso di trust interno bisognerà tener conto delle norme in materia di possesso e delle norme sulla pubblicità (libro soci, registro imprese, trascrizione).

Qualche decisione italiana ha affermato che il giudice può revocare i trustee quando essi non abbiano adempiuto ai loro doveri<sup>(11)</sup>.

Nel caso di morte del trustee, i beni in trust sono esclusi dal suo patrimonio (art. 11, lettera c) Convenzione).

Parte della dottrina ritiene, in aderenza alle previsioni del diritto inglese che prevedono il passaggio dei beni al *personal representative*, che i beni passino dal trustee deceduto ai suoi eredi (che non ne hanno nessun godimento) e da questi al nuovo trustee; altra parte della dottrina ritiene invece che il passaggio avvenga dal trustee deceduto al nuovo trustee che accetti l'incarico.

Per risolvere il dubbio, anche di natura tributaria, se il passaggio da un trustee ad un altro implichi un effettivo trasferimento, vanno tenuti presenti gli ar-

ticoli 2, lettera a), 8, lettera a), 11, lettera c) della Convenzione e la natura di ufficio del trustee.

Un caso particolare è quello di morte di un trustee di un trust il cui atto istitutivo prevedeva che il trustee nomini il suo successore: alla morte del primo trustee si è posto il problema della pubblicità nei registri immobiliari del passaggio dei beni dal vecchio al nuovo trustee nominato, problema che è stato risolto con la stipula di un atto unilaterale nel quale è intervenuto il nuovo trustee ad accettare la nomina fatta dal precedente trustee. È stato trascritto prima l'atto di accettazione dell'ufficio, poi, a favore del nuovo e a carico del vecchio trustee, è stato trascritto il trasferimento dei beni del trust.

### § 9. Sede, compensi, consulenze, deleghe.

Negli atti istitutivi di trust, anche agli effetti tributari, è opportuno indicare la sede (art. 7, lettera c) della Convenzione) della amministrazione del trust, che potrebbe coincidere con la residenza o il domicilio del trustee.

È anche opportuno prevedere le regole di determinazione e corresponsione del compenso eventualmente spettante al trustee.

La legge di San Marino all'art. 33 prevede che il trustee può chiedere consulenze a professionisti e può conferire loro incarichi per il compimento di determinate prestazioni professionali; la legge stabilisce altresì che l'atto istitutivo possa prevedere l'obbligo di consultazione per il trustee e la possibilità che il trustee ricorra al tribunale per decidere sul compimento di un atto inerente all'ufficio.

Il trustee può conferire deleghe per il compimento di determinati affari. La legge di San Marino prevede espressamente come regola generale il potere di delega derogabile da una diversa disposizione dell'atto istitutivo che può limitare od escludere tale possibilità.

### § 10. Atti di trasferimento al trustee. Atti di disposizione posti in essere dal trustee.

Il trasferimento di beni al trustee può far nascere il problema della garanzia dei creditori del dispo-

Nota:

(11) Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265, confermata da App. Milano, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 87.

te: certamente costoro disporranno delle tutele previste dalla legge (azione revocatoria, procedure fallimentari, etc.). Essi si troveranno di fronte ad un atto "debole": nel senso che, anche a non volerlo qualificare come donazione o come atto di liberalità, si tratta di un atto che, nella maggior parte dei casi, non fa entrare nel patrimonio del disponente un corrispettivo del bene alienato.

Il trasferimento dei beni al trustee pone al notaio l'obbligo di accertare la qualità di costui: non per il disposto dell'art. 54 Regolamento Legge Notarile, la cui inapplicabilità alla fattispecie mi sembra indiscutibile, ma dal punto di vista delle conseguenze di tale trasferimento.

Il disponente vuole la segregazione dei beni trasferiti al trustee.

Il notaio dovrà quindi conoscere l'atto istitutivo del trust, dovrà indagare la volontà delle parti, dovrà verificare la qualità di trustee per far conseguire alle parti lo scopo voluto: quello della segregazione dei beni trasferiti rispetto al patrimonio del trustee, segregazione che, lo noto per inciso, ha anche l'effetto "che i beni del trust non facciano parte del regime matrimoniale [...] dei beni del trustee": la qualità di trustee varrà quindi, tra l'altro, ad escludere i beni dalla comunione legale.

Se il trustee dovrà alienare beni, il notaio (ma non in applicazione dell'art. 54 Regolamento Legge Notarile) dovrà accertarne qualità e poteri: non solo per una evidente esigenza di certezza, ma anche perché potrebbe essere preciso interesse dell'acquirente quello di acquistare beni "segregati" (diverso è acquistare un bene da Tizio col rischio delle azioni dei suoi creditori, dall'acquistare un bene da Tizio-trustee senza alcun rischio).

Parlando soprattutto di trust interno, se le parti vogliono un intervento qualificato ed efficiente del notaio (che si assumerà le conseguenti responsabilità) dovranno richiedere la stipula dell'atto istitutivo del trust e degli atti modificativi di esso per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, senza ricorrere a mezzi poco idonei come il deposito in atti di una scrittura privata.

Questa è anche l'indicazione data dalla scuola di trust; la legge di San Marino prevede, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata per la istituzione di trust per atto tra vivi.

Un aspetto particolare di (pretesa) applicabilità dell'articolo 28 Legge Notarile sarebbe quello costi-

tuito da un notaio accusato di non aver applicato l'articolo 54 del Regolamento nel caso di atto dispositivo posto in essere da un trustee.

In tal caso il notaio potrà sostenere da un lato la non applicabilità dell'articolo 54 del Regolamento, perché il trust non ha personalità giuridica e quindi non si può parlare di rappresentanza; da un altro lato potrà far valere la giurisprudenza che nega la connessione tra l'articolo 28 della Legge Notarile e l'articolo 54 del Regolamento.

A mio parere si potrà ravvisare una violazione dell'articolo 28, numero 3 della Legge Notarile nel caso in cui il notaio abbia ricevuto un atto nel quale egli stesso sia stato nominato trustee: anche se non espresso, è implicito il divieto per il notaio di intervenire nell'atto da lui stipulato quale parte del negozio; l'assunzione della qualifica di trustee potrebbe anche essere considerata come disposizione a favore del notaio(12).

## § 11. Il trust testamentario.

Per un esame del trust testamentario conviene partire dalla Convenzione, art. 2: "per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* [...]"; dall'art. 15: "La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro [...] in particolare nelle seguenti materie [...] c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima"; e dall'art. 18: "Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico".

Emergono da tali norme alcuni principi:

- in Italia il testamento può essere strumento per istituire un trust;
- tale strumento non potrà superare le norme in materia di successione necessaria;

### Nota:

(12) Il tema "La responsabilità del notaio nella redazione di atti di trust" ha formato oggetto di un incontro organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" svoltosi a Milano il 20 gennaio 2001, e di un mio articolo (G. F. Condò, Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio - III, in questa Rivista, 2000, 478); vedi anche A. Fusaro, Legge regolatrice del trust e ruolo del notaio - V, in questa Rivista, 2001, 177; L. F. Riso, Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio - VI, ivi, 333; M. Maltoni, Conoscenza e scelta della legge straniera nell'atto istitutivo di trust: profili di responsabilità del notaio e dei consulenti, in questa Rivista, 2002, 231.

## Saggi

– l’istituzione di un trust sarà nulla se contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume.

Come può essere inquadrato il trust testamentario nel nostro ordinamento?

L’erede può certamente essere gravato anche oltre il valore dei beni ricevuti e, contro il rischio di dover rispondere col proprio patrimonio dei debiti ereditari e dei legati, potrà ricorrere alla accettazione col beneficio di inventario: si può, quindi, in linea di principio, immaginare un erede al quale vengono attribuite le funzioni di trustee per cui dovrà destinare l’intero attivo ereditario alle finalità perseguite dal testatore.

L’istituzione del trust consisterebbe nella imposizione del vincolo sulla quota dell’erede o sul legato (il legatario è tenuto all’adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto entro i limiti del valore della cosa legata – art. 671 cod. civ.); mentre il trust sarebbe regolato dalla legge straniera scelta dal testatore.

È innegabile che le norme sulla successione necessaria costituiscono un importante limite all’utilizzazione del trust testamentario nel nostro ordinamento.

L’art. 457, II comma cod. civ. afferma il principio (che trova poi applicazione nelle norme successive) che “[...] Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari”.

Ma proprio la ricostruzione fatta prima pone il trust testamentario in contrasto con l’art. 549 cod. civ.

La norma costituisce esplicitazione del principio enunciato nell’art. 457 cod. civ. della intangibilità della riserva, che opera, da un lato, con la riducibilità delle disposizioni lesive (artt. 554 e seguenti cod. civ.), dall’altro, con l’originaria inefficacia delle disposizioni limitative previste dall’art. 549 cod. civ.

La norma considera un peso qualunque sacrificio del diritto del legittimario a conseguire la sua quota e si ritiene sia sanzionata dalla nullità delle disposizioni in contrasto con essa.

Il trust testamentario può porsi in contrasto anche con le norme che prevedono la riducibilità delle disposizioni fatte dal testatore in favore di soggetti diversi dai legittimari (artt. 554 e seguenti cod. civ.).

Ho detto prima che all’erede (ma anche al legatario) possono essere attribuite le funzioni di trustee: quindi a me sembra si possa affermare che è l’erede o

il legatario ad essere trustee, non il trustee ad essere erede o legatario, anche se è possibile istituire erede o legatario il trustee di un trust già esistente, ma non si tratterebbe di un trust testamentario.

L’istituzione di un trust testamentario non esclude l’applicazione delle norme sulla accettazione, la rinuncia, la rappresentazione, l’opposizione di condizioni e modi, la sostituzione.

Quindi l’erede-trustee potrà accettare l’eredità, ma potrà anche rinunziarvi o potrebbe premorire al testatore: il testatore, quindi, se vorrà escludere la rappresentazione e se vorrà comunque avere la certezza che la sua volontà venga attuata, dovrà ricorrere alla sostituzione ordinaria nominando altri eredi trustee per il caso che il primo chiamato non possa o non voglia venire alla successione.

Considerazioni parzialmente diverse si possono fare nel caso in cui trustee sia un legatario: anche se il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunziarvi (art. 649 cod. civ.), l’accettazione non è vietata e sembra opportuna (per non dire necessaria) quando alla istituzione a titolo particolare è connessa la funzione di trustee.

Valgono, invece, le considerazioni già fatte in tema di rappresentazione e sostituzione ordinaria che operano anche in tema di legati (artt. 467 e 691 cod. civ.).

Ci si può chiedere se l’erede-trustee debba porsi o meno il problema dell’accettazione con beneficio di inventario, ci si può chiedere, in altre parole, se l’istituzione del trust per testamento abbia i medesimi effetti, o effetti analoghi, del beneficio di inventario.

Va innanzitutto ricordato che se erede-trustee fosse una persona giuridica scatterebbe l’obbligo di accettazione con beneficio di inventario di cui all’art. 473 cod. civ. (che non si applica alle società).

L’effetto della istituzione del trust è che il diritto affidato al trustee è segregato nel patrimonio di questi, come conseguenza dell’affidamento; che il diritto non cade nella successione del trustee, non risente del regime matrimoniale e non può essere aggredito dai creditori del trustee; inoltre, l’effetto di segregazione riguarda il “patrimonio del trust” rispetto a quello del trustee: i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni in trust; certamente però l’erede trustee risponde nei confronti dei beneficiari nei limiti del valore del *trust fund* e coi medesimi beni.

Trovo notevole difficoltà (anche perché intravedo due momenti quantomeno logici successivi: suc-

cessione ed istituzione del trust, ma la questione merita ben altro approfondimento) ad identificare il patrimonio ereditario separato per effetto dell'accettazione con beneficio di inventario con quello del trust istituito per testamento da considerare segregato rispetto a quello dell'erede-trustee; a considerare uguali o solamente simili gli effetti della istituzione del trust e quelli della accettazione beneficiata.

Le difficoltà sorgono dalla identità erede-trustee, dalla ricostruzione fatta della disposizione testamentaria istitutiva del trust, dalla diversa tutela attribuita ai creditori (e all'erede) dalle disposizioni degli artt. 474 e seguenti cod. civ., dalla palese lesione delle aspettative dei creditori dell'erede, i quali, in assenza della istituzione di trust o della accettazione beneficiata, potrebbero aggredire i beni ereditari confusi nel patrimonio dell'erede, dalla esistenza di una norma come quella dell'art. 11 del R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare) sul fallimento dell'imprenditore defunto.

Azzardo la conclusione che l'erede-trustee dovrà accettare l'eredità col beneficio d'inventario, forse anche per evitare che l'istituzione di trust testamentario coi suoi effetti segregativi possa essere vista come violazione di norme imperative che solo al beneficio di inventario collegano gli effetti accennati a tutela dell'erede, ma anche dei creditori dell'eredità, con pesanti effetti sui creditori dell'erede; forse persino per parare la tesi di chi volesse attribuire al trust una "personalità giuridica" e quindi lo ritenesse soggetto alla norma dell'art. 473 cod. civ.

Concludendo:

- è possibile istituire un trust testamentario, che manifesta chiaramente la natura unilaterale del trust e la sua tendenziale distanza dal campo contrattuale e che costituisce una ipotesi di coincidenza tra istituzione del trust e attribuzione di beni al trustee;

- mi sembra vietata dall'art. 549 cod. civ. la istituzione di un erede legittimario con funzioni di trustee;

- il testatore dovrà prevedere opportune sostituzioni per il caso in cui l'erede-trustee non volesse o non potesse accettare l'eredità;

- il testatore, quantomeno per ragioni di chiarezza, opportunità, certezza che le sue volontà vengano rispettate, dovrà sottoporre la istituzione alla condizione risolutiva della accettazione della funzione di trustee e prevedere opportune sostituzioni per il caso di mancato verificarsi della condizione;

- il testatore dovrà indicare nel testamento tutte

le regole del trust e, ovviamente, scegliere la legge regolatrice;

- l'erede-trustee dovrà accettare l'eredità ex art. 470 cod. civ. e, in assenza di sue limitazioni, peraltro molto opinabili perché è nulla la dichiarazione di accettazione sotto condizione o a termine (art. 475, II comma cod. civ.), l'accettazione implicherà l'accettazione della funzione di trustee. L'accettazione stessa consentirà la trascrizione;

- il legatario-trustee, nonostante l'art. 649, I comma cod. civ., potrà accettare espressamente la disposizione testamentaria;

- l'erede-trustee dovrà accettare l'eredità con beneficio di inventario se vorrà giovare delle norme in materia;

- i legittimari avranno, se eredi-trustee, l'azione di nullità ex art. 549 cod. civ.; se lesi da disposizioni a favore di altri eredi o legatari-trustee, l'azione di riduzione.

Interessanti considerazioni si potrebbero fare con riferimento all'art. 627 cod. civ. in tema di disposizioni fiduciarie e di esecutori testamentari.

Mentre per il secondo aspetto rinvio al testo di Maurizio Lupoi<sup>(13)</sup> e alla guida de "Il Sole 24 Ore" del 1997, vorrei fare qualche sintetica considerazione sull'art. 627.

Il primo comma dispone che non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona e la non azionabilità è estesa al caso che espressioni del testamento possano indicare o far presumere che si tratta di persona interposta.

La norma potrebbe essere utile ad escludere una azione diretta ad affermare che con l'istituzione del trust si è voluta interporre una persona, il trustee, mentre erede effettivo sarebbe il beneficiario finale del patrimonio.

Il fiduciario dell'art. 627 è erede e pieno proprietario dei beni: la possibile analogia con la posizione del trustee è peraltro smentita dalla destinazione e dalle norme del trust.

La migliore dimostrazione che non si tratta di disposizione fiduciaria è data proprio dalla espressa istituzione che, come sappiamo, è riconosciuta nel no-

Nota:

(13) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004.

**Saggi**

stro ordinamento e che impone al trustee ben precisi doveri che il fiduciario non ha.

Mentre nel caso dell'art. 627 siamo di fronte ad una obbligazione naturale, nel caso di trustee siamo di fronte ad obbligazioni coercibili derivanti dalle norme del trust e dalla legge ad esso applicabile.

Vi segnalo due casi interessanti.

Un nonno lega ad un nipote minore taluni beni immobili, nominando un esecutore testamentario; i genitori del minore accettano il legato e ricorrono al giudice tutelare ex art. 320 cod. civ. chiedendo l'autorizzazione ad istituire un trust di cui sia trustee l'esecutore testamentario.

Il giudice tutelare autorizza la accettazione del legato, non nomina trustee l'esecutore testamentario, ma autorizza l'istituzione del trust(14).

Tizia redige un testamento, nominando Caio erede-trustee e designando il marito Mevio qual beneficiario. Il testamento prevede che, morto il beneficiario Mevio, i beni residui devono essere destinati a ulteriori beneficiari. Prevede, inoltre, che al venir meno del trustee la sostituzione deve essere operata dal presidente del locale Consiglio Notarile. Muore prima il marito Mevio, poi Tizia; Caio erede-trustee rinuncia alla funzione di trustee (e alla eredità); il presidente del Consiglio Notarile nomina un nuovo trustee che accetta l'eredità con beneficio d'inventario e la funzione di trustee(15).

**§ 12. Trust e patto di famiglia.**

La legge 14 febbraio 2006, n. 55 ha introdotto nel codice civile il patto di famiglia.

Lo scopo perseguito dal legislatore è quello di rendere più facile, con una deroga al divieto dei patti successori, la trasmissione generazionale delle aziende nell'ambito della famiglia.

Si vuol consentire ad un genitore (o avo) di scegliere tra i suoi discendenti quelli più idonei a continuare nelle imprese di famiglia senza troppo ledere i diritti dei legittimari esclusi dalla scelta.

L'art. 768 bis prevede che col contratto – patto di famiglia, “l'imprenditore trasferisce in tutto o in parte, l'azienda”, “il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote”.

L'art. 768 quater prevede che al contratto (quello del primo comma che prende in considerazione il *de cuius* o uno o più dei suoi discendenti) devono partecipare il coniuge (anche se separato a norma dell'art. 548 cod. civ.) del *de cuius* e tutti coloro che sarebbe-

ro legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore.

L'ultimo comma dell'art. 768 quater prevede “quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o riduzione”. È questa, probabilmente, la disposizione più rilevante dell'intera legge.

Le differenze tra trust in funzione successoria e patto di famiglia sono evidenti: nel primo i beneficiari finali non coincidono normalmente col trustee, mentre nel patto di famiglia l'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni è il soggetto che beneficia del trasferimento; se l'istituzione di trust lede le quote di riserva, gli eredi legittimari potranno agire con l'azione di riduzione, mentre nel patto di famiglia è esclusa la riduzione e la collazione; nel trust, ad esempio attraverso il guardiano, può essere svolta un'attività di controllo sull'operato del trustee nell'interesse dei beneficiari, mentre nel patto di famiglia l'assegnatario è assolutamente libero di assumere tutte le decisioni relative all'azienda o alle quote assegnate; nel patto di famiglia non esiste la segregazione prevista nel trust.

Il patto di famiglia non può risolvere il problema del passaggio generazionale se non in presenza di un accordo con i legittimari, diversamente da quanto avviene nel trust(16).

**§ 13. Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee.**

L'amministrazione finanziaria nella risposta ad interpello 28 settembre 2004(17) prende in considerazione la seguente fattispecie: il bene in trust è costituito da un immobile di rilevante interesse storico ed artistico e da una dotazione finanziaria; scopo del trust è quello di consentire il mantenimento della indivisibilità, della inalienabilità, della unitarietà, della valorizzazione dell'immobile; il trustee deve consentire al disponente e, dopo la sua morte, agli eredi le-

**Note:**

(14) Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in questa Rivista, 2004, 254.

(15) L.F. Riso – E. Ditta, Trust testamentario e nomina di nuovo trustee, in questa Rivista, 2001, 316.

(16) In particolare, A. Pischetola, Il patto di famiglia a raffronto con gli strumenti negoziali alternativi al testamento o comunque con funzioni successorie, in Aa. Vv., Patti di famiglia per l'impresa, I quaderni della fondazione italiana per il notariato, Milano, 2006.

(17) In questa Rivista, 2005, 294.



gittimi e alle famiglie, di utilizzare parte del complesso immobiliare; esaurita la funzione del trust il bene tornerà allo stesso disponente o, nel caso in cui al momento della disposizione finale egli sia deceduto, ai suoi eredi legittimi o testamentari.

L'amministrazione finanziaria ritiene tassabile l'atto istitutivo di trust con l'imposta fissa di registro e l'atto di attribuzione al trustee del bene immobile con l'aliquota del 3% prevista dall'art. 9 Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131.

Mi limito qui ad approfondire le modalità di tassazione degli atti dispositivi dal disponente al trustee qualora essi siano ritenuti soggetti all'aliquota del 3% prevista dall'art. 9 della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131.

L'art. 9 della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, prevede "Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

I problemi di fondo da risolvere sono quelli della determinazione della base imponibile e della possibilità o meno per il fisco di procedere all'accertamento del valore indicato in atto.

È opportuno, quindi, verificare rapidamente le norme della legge di registro che si occupano di questi profili.

L'art. 1 prevede che l'imposta di registro si applica nella misura indicata nella Tariffa allegata.

L'art. 20 prevede che l'imposta di registro sia applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente: la norma sottolinea il principio secondo cui ciò che conta ai fini dell'imposta è l'esistenza di un atto in quanto il tributo si caratterizza come imposta d'atto ed è diretto a colpire il contenuto negoziale dell'atto stesso.

L'art. 41 prevede che l'imposta è liquidata mediante l'applicazione alla base imponibile, determinata secondo le disposizioni del titolo IV (articoli 43 e seguenti), delle aliquote indicate nella Tariffa (si noti che il riferimento alla base imponibile è fondamentale).

L'art. 43 prevede che la base imponibile è costituita:

"a) per i contratti a titolo oneroso traslativi o costitutivi di diritti reali dal valore del bene o del diritto alla data dell'atto [...]";

"c) per i contratti che importano l'assunzione di un'obbligazione di fare in corrispettivo della cessione di un bene o dell'assunzione di altra obbligazione di

fare, dal valore del bene ceduto o della prestazione che dà luogo all'applicazione della maggiore imposta [...]";

"e) per gli atti portanti assunzione di un'obbligazione che non costituisce corrispettivo di altra prestazione, [...] dall'ammontare dell'obbligazione assunta [...] e, se questa ha per oggetto un bene diverso dal denaro, dal valore del bene alla data dell'atto [...]";

"h) per i contratti diversi da quelli indicati nelle lettere precedenti, aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, dall'ammontare dei corrispettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del contratto".

In quale misura è applicabile l'art. 43 all'atto di trasferimento di beni immobili dal disponente al trustee, qualora esso sia tassato ex art. 9 della Tariffa?

Prima di rispondere a questa domanda, conviene richiamare le disposizioni contenute nell'art. 51, sul valore da attribuire alla base imponibile e quelle, contenute nell'art. 52, sulla rettifica del valore dichiarato dal contribuente.

L'art. 51, I comma detta il principio generale secondo cui "1. Ai fini dei precedenti articoli si assume come valore dei beni o dei diritti [...] salvo il disposto dei commi successivi, quello dichiarato dalle parti nell'atto e, in mancanza o se superiore, il corrispettivo pattuito per l'intera durata del contratto".

Il II comma prevede che "per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari, [...] si intende per valore il valore venale in comune commercio".

Il III comma prevede che "per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti immobiliari l'ufficio del registro, ai fini dell'eventuale rettifica, controlla il valore di cui al comma 1 avendo riguardo ai trasferimenti a qualsiasi titolo e alle divisioni e perizie giudiziarie, anteriori di non oltre tre anni alla data dell'atto [...] che abbiano avuto per oggetto gli stessi immobili o altri di analoghe caratteristiche e condizioni [...]".

Il IV comma è riferito agli atti che hanno per oggetto aziende o diritti reali sulle stesse.

L'art. 52 prevede "1. L'ufficio, se ritiene che i beni e i diritti di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 51 hanno un valore venale superiore al valore dichiarato o al corrispettivo pattuito, provvede con lo stesso atto alla rettifica e alla liquidazione della maggiore imposta [...]".

Il IV comma dell'art. 52 prevede che non sono

**Saggi**

sottoposti a rettifica il valore o il corrispettivo degli immobili iscritti in catasto con attribuzione di rendita dichiarati in misura non inferiore al valore determinato con l'applicazione dei coefficienti previsti.

Occorre, allora, coordinare queste disposizioni con quelle dell'art. 43, facendo riferimento all'atto con il quale il disponente trasferisce un bene immobile al trustee senza corrispettivo e ponendosi due interrogativi: quale valore deve dichiarare il contribuente? È tale dichiarazione di valore soggetta ad accertamento?

Va innanzitutto notato che le lettere a) e c) dell'art. 43 prevedono ipotesi di base imponibile costituita dal "valore", come tale accertabile dall'ufficio; che la lettera e) prevede invece una ipotesi di base imponibile non soggetta ad accertamento (ammontare della obbligazione assunta) ed una ipotesi di base imponibile soggetta ad accertamento (valore del bene alla data dell'atto); che la lettera h) prevede una base imponibile costituita "dall'ammontare dei corrispettivi pattuiti", come tale non soggetta ad accertamento.

Restando all'interno della logica della risposta ad interpello che si commenta, l'atto col quale si trasferiscono beni al trustee non potrebbe considerarsi né una liberalità indiretta né un contratto a titolo oneroso, traslativo o costitutivo di diritti reali: il che esclude l'applicabilità dell'art. 43, I comma, lettera a) e dell'art. 52, I comma.

L'atto non potrebbe nemmeno considerarsi come assunzione di un'obbligazione di fare in corrispettivo della cessione di un bene (art. 43, I comma, lettera c)); la natura del trust è completamente diversa: "i compiti del trustee non costituiscono il corrispettivo del trasferimento del bene" (l'amministrazione finanziaria nella risposta ad interpello del 28 settembre 2004 afferma anche che "il disponente non riceve alcuna contropartita"); nemmeno può ritenersi che l'atto traslativo di un bene al trustee possa configurarsi come assunzione di un'obbligazione che non costituisce corrispettivo di altra prestazione, dato che le obbligazioni del trustee sono assunte esclusivamente nel contesto dell'atto istitutivo del trust.

La lettera h) del I comma dell'art. 43 prevede espressamente che per i contratti diversi aventi per oggetto prestazione a contenuto patrimoniale, la base imponibile è costituita dall'ammontare dei corrispettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del contratto, escludendo di per sé il procedimento di accertamento.

Se si ritenessero applicabili gli articoli 43, 51, 52 si escluderebbe l'applicabilità dell'art. 9 Tariffa.

La inapplicabilità degli art. 43, 51, 52 legge di registro, oltre che dalle sintetiche considerazioni prima svolte, deriva dalla stessa natura residuale dell'art. 9 Tariffa: la norma è applicabile quando la fattispecie non rientra in altre previste dalla legge, quando cioè si tratti di una qualsiasi fattispecie caratterizzata, oltre che dalla mancata previsione di essa in altre norme, dall'aver per oggetto una prestazione a contenuto patrimoniale.

Si renderanno, invece, applicabili il principio generale contenuto nell'art. 51, I comma (valore dichiarato dalle parti) e la specificazione del principio generale costituita dalla lettera h) dell'art. 43.

Nessuna specifica norma richiede che, in materia di trust, venga evidenziato, nell'atto dispositivo in favore del trustee, o un corrispettivo o un valore riferibili ai beni attribuiti al trustee, valore che potrebbe essere solo quello dell'immobile trasferito al trustee senza peraltro che allo stesso derivi alcun arricchimento né a titolo gratuito né a titolo oneroso.

Consegue la legittimità di indicare nell'atto di trasferimento di bene immobile al trustee una somma ai soli fini dell'applicazione dell'art. 9 della Tariffa, senza alcun riferimento al valore dei beni immobili attribuiti al trustee.

Varie decisioni hanno affermato che nel trasferimento al trustee non può ravvisarsi nessun intento di liberalità e quindi non è applicabile l'imposta sulle donazioni; l'atto di trasferimento è soggetto ad imposta fissa di registro.

Il D. L. 3 ottobre 2006, n. 262 introduce nuove norme che possono riguardare il tema che stiamo trattando.

L'attinenza con la materia trattata deriva dalle previsioni riguardanti i vincoli di destinazione sugli immobili.

L'art. 1 *ter* della Tariffa allegata al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347 (imposte ipotecarie e catastali), già modificato dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, prevede ora che la trascrizione di certificati di successione, di donazioni o di altri atti a titolo gratuito che importano il trasferimento di proprietà di beni immobili o "la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari [...] nonché vincoli di destinazione sugli stessi" scontino l'imposta sulle trascrizioni in misura variabile a seconda del rapporto di parentela.

La legge 18 ottobre 2001, n. 383 (soppressione

delle imposte sulle successioni e donazioni) viene modificata prevedendo un'imposta di registro con aliquota variabile a seconda del grado di parentela, da applicare ai trasferimenti per donazione o per altri atti a titolo gratuito di beni immobili e diritti reali immobiliari "compresa [...] la costituzione di vincoli di destinazione".

La modifica apportata all'art. 43 della legge di registro contiene un richiamo agli articoli 47, 48, 51 e 52 (quest'ultimo già modificato dalla legge del 4 agosto 2006, n. 248) della legge stessa.

In particolare, l'art. 52 regola la rettifica del valore degli immobili.

Cosa può dedursi dalle norme citate?

Che la costituzione di vincoli di destinazione può essere fatta per atto tra vivi o con testamento; che la costituzione di vincoli viene equiparata ai fini fiscali (anche se potrebbe trattarsi di un vincolo non costituito a titolo gratuito) al trasferimento *mortis causa* o alla donazione; che si pone un difficile problema di determinazione della base imponibile.

Mi sembra si possano fare due ipotesi: vincolo di destinazione imposto su un immobile che, a tale scopo o meno, viene trasferito da un soggetto a un altro per atto tra vivi o *mortis causa*; vincolo di destinazione unilaterale o auto-dichiarato che non implichi alcun trasferimento di immobili.

Nel primo caso la base imponibile sarà costituita dal valore del bene immobile trasferito, ma ci si può chiedere se il vincolo possa essere valutato (in positivo o in negativo) distintamente; comunque sarà applicabile la valutazione automatica come sembra certo sia possibile per le donazioni.

Nella seconda ipotesi non sembra ipotizzabile che la base imponibile sia costituita dal valore dell'immobile che viene colpito da un vincolo di destinazione, pur non essendo trasferito.

Ma quale sarà la base imponibile?

Non resta che fare riferimento, sia nel caso di atto tra vivi, sia nel caso di disposizioni testamentarie, al valore del vincolo che, quindi, dovrà essere enunciato.

Il valore sarà soggetto a verifica? Con quali criteri si può determinare il valore imponibile?

Non si potrà certamente fare riferimento all'art. 9 della Tariffa che si riferisce (norma residuale) a fattispecie non altrimenti regolate.

È evidente che se si accetta, ma io ho molti dubbi al riguardo, che il trust vada considerato alla stregua di un vincolo di destinazione, le conseguenze po-

trebbero essere molto pesanti perché potrebbe essere tassato il valore degli immobili trasferiti al trustee.

Il testo modificato del decreto legge, in corso di conversione, prevede la reintroduzione dell'"imposta sulle successioni e donazioni su trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico" del 31 ottobre 1990, n. 346.

I trasferimenti di beni e diritti per causa di morte sono soggetti all'imposta sul valore complessivo netto dei beni con aliquote variabili a seconda del grado di parentela: a favore del coniuge e parenti in linea retta 4% sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 1.000.000; a favore degli parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado 6%, senza franchigia; a favore di altri soggetti 8%, senza franchigia.

Per le donazioni e gli atti di trasferimento a titolo gratuito di beni e diritti e per la costituzione di vincoli di destinazione di beni, l'imposta è determinata dall'applicazione di aliquote al valore totale dei beni e dei diritti al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario con aliquote uguali a quelle per la successione.

Le nuove disposizioni, se definitivamente approvate, potrebbero portare alla conclusione che l'istituzione di un trust col trasferimento di beni al trustee potrebbe non risultare soggetta a tassazione se è vero che l'onere imposto al trustee lo priva di qualsivoglia arricchimento; a meno che si vogliano tassare i beneficiari, per altro non sempre determinati<sup>(18)</sup>.

Note:

(18) Per una bibliografia tratta da questa Rivista sui temi trattati nell'articolo, oltre a quanto già citato, si veda:

E. Barla De Guglielmi, Potere del trustee di assolvere un debito del beneficiario, 2002, 407; S. Bartoli, Trust con beneficiari incapaci e rispetto delle nostre norme imperative in materia, 2003, 560; Id., La natura dell'attribuzione *mortis causa* al trustee di un trust testamentario, 2004, 58, 179; Id., Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sul trust, 2005, 344; V. Bertorello, Responsabilità del trustee che viola le previsioni di un *trust for sale*, 2003, 379; G. F. Condò, Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee, 2006, 197; N. Canessa, I soggetti che ruotano intorno al trust, 2002, 33, a p. 37; L. Corabi, Un caso di revoca e sostituzione giudiziale del trustee, 2004, 31; E. Corso, I doveri del trustee testamentario nell'investire i beni in trust, 2002, 37; M. Costantino, Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee, 2003, 15, 169; E. D'Amico, Trasferimento dei crediti fiscali al trustee: il punto di vista di un Giudice Delegato, 2004, 333; F. Di Ciommo, Il trust e la sua modificabilità: riflessioni sulla "proprietà" del trustee, 2001, 394; M. Dogliotti, Trust e amministrazione dei beni del minore, 2004, 212; C. Frassoldati, Trust istituito

(Segue)

## Saggi

**Nota:***(Continua nota 18)*

dall'esecutore testamentario, 2002, 316; A. Gambaro, Trasferimento di quote sociali al trustee: iscrizione nel registro delle imprese, 2000, 225, a p. 226; G. Lener, Intervento in assemblea e voto del trustee, 2002, 510; G. Longobardi – L. Arcangeli, Trasferimento di immobili al trustee: imposta sulle donazioni o imposta di registro?, 2002, 374; F. R. Lupoi, Trust istituito dall'esecutore testamentario, 2001, 472; M. Lupoi, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, 2002, 169; Id., Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust, 2006, 169; L. Mancinelli – M. Bastianelli, Impresa disponente e trustee professionale: problematiche tributarie e di bilancio dei beni in trust, 2003, 563 e 2004, 51; P. Manes, Il trustee esecutore testamentario, 2002, 540; G. Marino, La residenza fiscale del trust, 2000, 72, a p. 79; S. Marchese, Il bilancio del trustee: aspetti contabili, *ivi*, 197; A. Montanari, Gli adempimenti contabili e fiscali di una *trust company* quale trustee dei trust interni, 2006, 377; S. Pavletic, Il bilancio del trustee. Appunti su aspetti contabili e tributari del trasferimento di beni in trust, 2000, 79; P. Matthews, Clausola di esonerazione e negligenza del trustee, *ivi*, 217, a p. 225; P. Panico, Onorabilità e professionalità di amministratori e trustee: il caso di Guernsey, 2005, 366; P. Piccoli, Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee, 2000, 227; G. Prevete, Trust auto-dichiarato con riserva del diritto di abitazione, 2005, 138; P. Rotondo – E. Semini – E. Lizza – Profili donativi nel trasferimento al trustee di un trust liberale, 2003, 371; E. Senini, La

nuova legislazione della Repubblica di San Marino sul trust, 2006, 368; M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto, *ivi*, 354; F. Steidl, Trust auto-dichiarati: percorsi diversi dalla trascrivibilità, 2003, 376; Id., La pubblicità della successione del trustee defunto, 2005, 306.

Trib. Genova, G. T., 14 marzo 2006, 2006, 415; Trib. Brescia, 11 gennaio 2006, 2006, 424; Trib. Velletri, 7 marzo 2005, 2005, 407; App. Napoli, 27 maggio 2004, 2004, 570; Trib. Firenze, 8 aprile 2004, 2004, 567; Trib. Roma, 11 marzo 2004, 2004, 406; Trib. Napoli, 1° ottobre 2003, 2004, 74; Commissione Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, 2003, 253; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 409; Pret. Roma, 13 aprile 1999, in questa Rivista, 2000, 83; Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, 2003, 93.

*Abacus Trust Co (Isle of Man) and another v Barr and others*, 2004, 407; *Bartlett & others v Barclays Bank Trust Co Ltd (No 1)*, 2003, 456; *Cameron v M & W Mack (ESOP) Trustee Ltd.*, 2003, 69; *In re: Marie Antoinette Arient*, 2003, 636; *In the Matter of Professor Sir Derek Harold Richard Barton*, 2003, 272; *Scalp & Blade Inc., and Scalp & Blade Scholarship Association v Advest Inc., and Robert J. Franger*, 2005, 90.

Studio tributario del Consiglio Nazionale del Notariato, 2004, 466, 633. *Trust companies*: la circolare di Assofiduciaria, 2002, 303.

Imposta di registro e trasferimento a trustee di somme per l'acquisto di immobile, 2006, 322.

Malta, Codice di condotta per i trustee, 2006, 449; San Marino, Le leggi di San Marino sui trust, 2005, 436; San Marino, Decreti attuativi della legge di San Marino sul trust, 2006, 453.

# Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale

di Mariagrazia Monegat

SOMMARIO: § 1. Bisogni della famiglia e fondo patrimoniale. - § 2. Gli accordi di separazione dei coniugi. - § 3. Il caso. - § 4. L'amministrazione dei beni.

## § 1. Bisogni della famiglia e fondo patrimoniale.

La finalità del fondo patrimoniale è far fronte ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio destinando a tale scopo determinati beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito (art. 167, I comma cod. civ.): il vincolo di destinazione è posto per il perseguimento dello specifico fine che è espressamente enunciato nel II comma dell'art. 168 cod. civ. ove è stabilito che "i frutti dei beni costituenti il fondo patrimoniale sono impiegati per i bisogni della famiglia". La fisiologica durata del fondo, strettamente correlata alla durata del matrimonio e al raggiungimento della maggiore età dei figli, determina la cessazione del vincolo e perciò la distrazione dal fine dei beni vincolati in esso.

È tuttavia evidente che i bisogni della famiglia non si esauriscono con la separazione dei genitori, generalmente prodromica al divorzio, né con il raggiungimento del diciottesimo anno di età dei figli.

Sia nel caso in cui siano i coniugi a costituire il fondo, sia quando ciò avvenga ad opera di terzi, per atto tra vivi o *mortis causa*, la finalità perseguita dai coniugi è di realizzare un patrimonio autonomo e distinto sia da quello personale di ciascun coniuge, sia rispetto a quello costituito dalla comunione esistente tra i medesimi. Infatti, il fondo patrimoniale è qualificato tra le "convenzioni" matrimoniali e dunque ben può coesistere sia con l'ordinario regime patrimoniale della famiglia, quello di comunione, sia con il regime convenzionale della separazione dei beni.

Si realizza così una protezione di determinati beni che, pur rimanendo di proprietà di uno o di entrambi i coniugi, sono separati dal restante patrimonio degli stessi. Il vincolo di destinazione implica delle li-

mitazioni alla circolazione dei beni costituenti il fondo: perché possano essere ceduti a terzi o gravati da oneri reali di garanzia è necessario il consenso di entrambi i coniugi, ma l'atto costitutivo può espressamente prevedere altrimenti. Perciò è ben possibile che i beni, benché destinati a soddisfare i bisogni della famiglia, vengano alienati e così sottratti a tale destinazione.

La norma (art. 169 cod. civ.) prevede che in presenza di prole minore di età, oltre al consenso di entrambi i coniugi, occorra sussistano motivi di necessità o di utilità evidente per procedere ad atti di disposizione dei beni del fondo e ne subordina l'esecuzione all'autorizzazione del giudice.

La giurisprudenza ritiene che l'autorità giudiziaria che concede l'autorizzazione ad alienare un bene costituito in fondo patrimoniale, abbia altresì il potere e il dovere di ordinare il reimpiego delle somme ottenute dalla cessione del bene.

Come già osservato, l'atto costitutivo può prevedere la libera alienabilità dei beni del fondo e tale clausola derogativa del principio di inalienabilità è divenuta ormai la regola. Di fatto, perciò, pressoché tutti gli atti costitutivi del fondo patrimoniale espressamente prevedono la libera disponibilità dei beni del fondo, con il conseguente svuotamento del fondo stesso senza alcuna necessità di consenso unanime.

Il vincolo di destinazione protegge i beni e li sottrae alle azioni esecutive dei creditori personali dei coniugi. Ciò non significa che la costituzione del fondo determini *ipso jure* la impignorabilità dei beni che ne fanno parte, ma solo che per la tutela del creditore è necessario un elemento di ordine oggettivo, consistente nella conoscenza da parte del creditore che l'obbligazione è stata contratta per scopi estranei ai bisogni della famiglia. L'onere della prova della conoscenza della estraneità del debito ai bisogni della

### Nota:

Mariagrazia Monegat è avvocato in Milano.

**Saggi**

famiglia incombe sui coniugi che contestano la pretesa creditoria.

**§ 2. Gli accordi di separazione dei coniugi.**

La crisi del matrimonio determina sovente una crisi del patrimonio familiare, sia perché la conflittualità tra i coniugi tende a depauperare beni e risparmi realizzati attraverso una economia “domestica”, frutto della collaborazione e della solidarietà familiare, sia perché la divisione del patrimonio comune riduce di per sé il valore di quanto ciascuno dei coniugi ottiene per sé e sia, infine, per il solo fatto che in presenza di prole minore di età notevoli risorse vanno necessariamente mantenute e finalizzate ad adempiere agli obblighi che permangono in capo ai genitori sino al raggiungimento dell'autonomia economica dei figli.

Per effetto della separazione cessa il regime di comunione legale mentre permane il vincolo del fondo patrimoniale sino a che dura il vincolo matrimoniale.

Tuttavia, anche se la separazione non determina la cessazione del legame coniugale che verrà reciso solo con il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, nel caso in cui il fondo preveda la possibilità di alienare i beni senza necessità del consenso unanime dei coniugi, l'evento separazione determina un serio pericolo di depauperamento.

Per mantenere la destinazione dei beni del fondo oltre il termine di durata del fondo stesso può essere funzionale l'utilizzo dello strumento del trust.

I Tribunali italiani negli ultimi due anni hanno avuto modo di riconoscere l'utilità del trust negli accordi di separazione dei coniugi, omologandoli. È accaduto presso il Tribunale di Milano(1) e presso quello di Pordenone(2). Diverse sono le fattispecie sottoposte al vaglio dell'Autorità Giudiziaria, ma per tutte l'utilizzo del trust ha consentito di realizzare le finalità volute dai coniugi, finalità che con gli strumenti tradizionali non sarebbero state altrettanto soddisfatte.

Ciò è stato possibile riconoscendo una sempre più ampia autonomia negoziale ai coniugi anche nel momento della cessazione della convivenza e in presenza di figli minori di età, nel cui interesse ed a miglior garanzia dell'adempimento delle obbligazioni sorgenti in loro favore si è utilizzato uno strumento ritenuto idoneo a soddisfare e proteggere proprio i soggetti più deboli del rapporto. L'istituzione di un

trust contenuto tra le condizioni di separazione consensuale è stato perciò considerato “omologabile” dal giudice.

**§ 3. Il caso.**

Oggetto delle presenti note, in particolare, è un decreto con il quale il Tribunale di Milano ha omologato un accordo di separazione dei coniugi nel quale era prevista l'istituzione di un trust avente quale finalità quella di proseguire nel tempo gli effetti del fondo patrimoniale(3).

Dopo un matrimonio durato qualche decennio, i coniugi si determinano a separarsi consensualmente. Vi sono due figli, il maggiore di 22 anni e l'altro di 16, entrambi studenti. Il marito è un professionista, la moglie è casalinga. Il patrimonio dei coniugi è già vincolato nel fondo patrimoniale e comprende due immobili, la casa coniugale e la casa di vacanza.

I genitori sono consapevoli che il fondo verrà meno con il divorzio perché decorso il triennio dalla separazione, anche il figlio attualmente minore sarà maggiorenne.

Tuttavia i coniugi sono ben consapevoli che non è certo con la maggior età che cessano le obbligazioni dei genitori di mantenere i figli: anzi, è ormai pacifico che il dovere di provvedere al loro mantenimento permane ben oltre il raggiungimento del diciottesimo anno di età e si protrae sino a quando il figlio non ha realizzato il progetto di studi a cui i genitori lo hanno indirizzato. Nel caso di specie è prevedibile che entrambi i figli concludano il ciclo di studi universitari, conseguano specializzazioni e praticino il tirocinio: è dunque assai probabile che i genitori debbano farsi carico del loro mantenimento quanto meno sino ad un'età adulta compresa tra i 26 e i 30 anni.

I coniugi pensano perciò di mantenere il vincolo di destinazione sui beni del fondo patrimoniale e di incrementarlo ricomprendendovi le quote di una società immobiliare per garantire che essi continueranno ad essere destinati a soddisfare i bisogni della famiglia sino a quando – ragionevolmente – entrambi

**Note:**

(1) Trib. Milano, 8 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 585.

(2) Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, in questa Rivista, 2006, 247.

(3) Trib. Milano, 7 giugno 2006, in questa Rivista, 2006, 575.

i figli saranno economicamente autonomi ed indipendenti, dopo aver ultimato il ciclo di studi ed essersi immessi nel mondo del lavoro. Il periodo di tempo stimato come necessario per raggiungere tale obbiettivo è di dieci anni, considerata l'età di entrambi i figli.

Inoltre i coniugi temono che con la separazione ciascuno di loro possa inopinatamente disporre dei beni ora protetti nel fondo e desiderano comunque che le rispettive vicende personali, positive o negative, non influiscano sulla destinazione di tali beni.

Per perpetrare i benefici connessi al fondo stesso, con lo scopo di assicurare ai figli lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dei genitori sino a quando avranno raggiunto l'autonomia economica al termine degli studi, i coniugi si dichiarano trustee dei beni già segregati nel fondo patrimoniale e altri ne aggiungono, con lo scopo di mantenere la destinazione di tutto il patrimonio familiare ai bisogni della famiglia, oltre il termine di durata fisiologica del fondo stesso. Il vincolo permarrà per ulteriori dieci anni dalla separazione e, di conseguenza, oltre il divorzio (presumibilmente pronunciato allo scadere del triennio) e oltre la maggior età di entrambi i figli. Del pari il vincolo in trust permarrà nel caso di morte di uno o di entrambi i genitori: i beni così segregati sono infatti sottratti alle vicende personali di ciascun coniuge perché la destinazione prevale sull'appartenenza.

Mentre nel fondo patrimoniale la morte di uno dei coniugi determina lo scioglimento del vincolo, i beni segregati in trust non subiscono alcuna distrazione dalla finalità: nel momento in cui i coniugi/trustee venissero meno è previsto che la funzione sia ricoperta da un successore sino al termine di durata del trust, e ciò proprio per assicurare il raggiungimento della finalità per la quale i beni sono stati destinati.

#### § 4. L'amministrazione dei beni.

Con l'istituzione del trust i beni del fondo patrimoniale permangono nel vincolo risultante dalla trascrizione (*ex artt. 2647 e 2685 cod. civ.*) e dalla annotazione a margine dell'atto di matrimonio (*ex art. 163 cod. civ.*); il vincolo è rafforzato dalla segregazione degli stessi beni in trust, pure trascritta con il verbale di separazione sia nei registri immobiliari sia nel registro delle imprese.

Qualche problema si pone tuttavia per l'amministrazione di tali beni proprio in ragione della perma-

nenza del vincolo del fondo patrimoniale e delle regole che disciplinano l'amministrazione dei beni ivi contenuti.

Infatti, la disciplina legale della loro amministrazione è quella prevista per l'amministrazione dei beni della comunione legale tra coniugi (art. 168 cod. civ.), considerato che anche su tali beni è impresso un vincolo di destinazione dettato dalle esigenze di mantenimento della famiglia e di istruzione e di educazione dei figli. Nel regime di comunione legale il vincolo non determina un patrimonio separato rispetto a quello di ciascun coniuge, diversamente da quanto accade con il fondo patrimoniale. La responsabilità patrimoniale dei coniugi verso i creditori della comunione non subisce limitazioni: i creditori possono soddisfare le proprie ragioni sia direttamente sui beni della comunione e sia, in via sussidiaria, sui beni personali di ciascun coniuge. Qualora i beni della comunione siano insufficienti a soddisfare i creditori essi possono agire sui beni personali di ciascun coniuge, ma solo nella metà della misura del credito: vale a dire che ciascun coniuge è responsabile per le obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia limitatamente alla metà del debito e non solidalmente.

Dunque il fondo patrimoniale è amministrato dai coniugi secondo le regole della comunione legale (art. 168 cod. civ.). Si tratta di regole conformate sul principio di uguaglianza dei coniugi che attribuiscono a ciascuno di essi i medesimi poteri di amministrazione: perciò è prevista l'amministrazione disgiunta per gli atti di ordinaria amministrazione e l'amministrazione congiunta per gli atti di straordinaria amministrazione e per i contratti con cui si acquistano o si concedono diritti personali di godimento e la necessità del consenso unanime dei coniugi e, in presenza di figli minori, autorizzazione giudiziale, per alienare, ipotecare, dare in pegno e comunque vincolare i beni (art. 180 cod. civ.). È dunque la presenza di figli minori che differenzia la disciplina dell'amministrazione dei beni conferiti nel fondo patrimoniale: in assenza di prole infradiciottenne i coniugi godono di ampia autonomia nel disporre dei beni del fondo anche alienandoli, senza pertanto alcun controllo sul perseguimento del fine che giustifica il vincolo di destinazione.

La finalità perseguita dalle parti con l'istituzione del trust in commento è quella di perpetrare i benefici connessi al fondo patrimoniale anche per i casi in cui il fondo stesso dovesse cessare mantenendo il vin-

## Saggi

colo di destinazione impresso ai beni del fondo per soddisfare i bisogni della famiglia assicurando ai due figli, alla madre e, ove necessario al padre, lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dei genitori, sino al completamento del ciclo di studi e al raggiungimento dell'autonomia economica.

È evidente che tale finalità mal si concilia con la possibilità, prevista nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, di alienare i beni. Essa appare altrettanto incompatibile con la gestione dei beni del fondo in trust affidati al trustee e la disciplina dell'amministrazione dei beni del fondo identica a quella della comunione tra coniugi.

Di qui la necessità di strutturare norme relative all'amministrazione del fondo in trust compatibili con quelle del fondo patrimoniale, giacché ben diversa è la responsabilità dei coniugi titolari dei beni del fondo patrimoniale, rispetto a quella dei coniugi trustee.

È ben noto che nel trust il trustee amministra in piena autonomia e discrezionalità con il solo vincolo della finalità stabilita nell'atto di trust.

La differenza è evidente e le conseguenze notevoli: nel caso di coniugi trustee, essi assumono la veste di fiduciari e, considerato che il trust è strumento di protezione degli interessi dei figli oltre che dei genitori, costoro sono soggetti alle obbligazioni e alle responsabilità verso i beneficiari del trust e possono essere altresì convenuti in giudizio dai beneficiari per "rendere il conto" del loro operato, non solo in termini contabili, ma soprattutto in relazione alle scelte di gestione operate. Inoltre, la sopravvenienza della morte dei genitori o la loro incapacità, determina l'affidamento dell'amministrazione dei beni del fondo in trust a soggetti diversi dai coniugi: il trustee prosegue nell'amministrazione dei beni in trust perseguendo il solo interesse dei beneficiari.

Come si è già osservato, nel fondo patrimoniale il divieto di alienazione è pressoché sempre eluso, stante la facoltà espressamente prevista dall'art. 169 cod. civ.: nel caso di specie infatti l'atto costitutivo prevede la possibilità di ciascun coniuge di vendere i beni senza necessità di consenso dell'altro.

Nel trust, invece, poiché i genitori trustee sono anche beneficiari, la vendita dei beni in trust realizzerebbe un'ipotesi di conflitto di interessi. La segregazione in un trust di beni destinati a soddisfare i bisogni della famiglia rende più difficile la loro alienazione e comunque, per effetto della surrogazione reale, garantisce maggiormente i beneficiari. Infatti, se il

trustee perseguendo la finalità del trust, cede i beni del fondo, il corrispettivo che ne ricava è anch'esso segregato e destinato al perseguimento degli scopi del trust medesimo.

La clausola contenuta nell'atto di trust inserito nell'accordo di separazione sottoscritto dai coniugi poi omologato dal tribunale è la seguente:

A. Fintanto che duri il vincolo nascente dal Fondo patrimoniale:

1. gli atti di amministrazione non richiedono il concorso del Trustee
  2. gli atti di disposizione
    - non richiedono il concorso del Trustee qualora siano preordinati al reimpiego nel Fondo patrimoniale,
    - richiedono il previo concorso del Trustee in caso diverso
  3. gli atti che gravano o vincolano o sottopongono a garanzia beni inclusi nel Fondo patrimoniale richiedono il previo consenso del Trustee.
- B. Successivamente, nel corso della Durata del trust, il Trustee può:
1. impiegare reddito del Trust:
    - a. per manutenzioni, riparazioni e migliorie dei beni inclusi nel Fondo in trust;
    - b. pagare imposte e altre spese che sarebbero altrimenti da soddisfare tramite il Fondo in trust, purché contesti le pretese ragionevolmente contestabili;
  2. destinare i Beni in trust a soddisfare esigenze abitative e di vacanza dei Beneficiari;
  3. impiegare qualsiasi altro Bene in trust a beneficio della famiglia sino a che i figli non saranno autonomi ed economicamente indipendenti.

La soluzione adottata nel caso di specie ha contemperato le esigenze di correttamente applicare le norme in tema di amministrazione dei beni del fondo patrimoniale con quelle che regolano il trust.

Le regole di amministrazione dei beni sono evidentemente finalizzate a consentire una gestione indirizzata a soddisfare i bisogni della famiglia proprio nel momento in cui il nucleo subisce la crisi della separazione e dunque allontana i coniugi/amministratori e può determinare una divergenza di opinioni in merito alla gestione dei beni. Coniugi/amministratori che diventato trustee dei beni destinati a soddisfare le esigenze di una nuova famiglia, non solo della



madre e dei figli che con lei continuano a vivere, ma anche del padre, ove occorresse.

Senza dubbio la posizione del genitore trustee è ben diversa da quella di amministratore del fondo patrimoniale: maggiore è la responsabilità del primo che legittima altresì le azioni dei figli nei suoi riguardi in caso di negligenza o cattiva amministrazione dei beni o distrazione degli stessi dalle finalità del trust.

Come ha osservato un'autorevole dottrina, l'utilizzo dei trust renderebbe evidente i limiti del fondo patrimoniale e "si scoraggerebbero così i fondi patrimoniali abusivi e si proteggerebbe realmente l'interesse della famiglia"(4).

.....  
**Nota:**

(4) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 629.

# Brevi riflessioni sulle novità legislative di Jersey

di Elisa Barla De Guglielmi

**SOMMARIO:** § 1. Una considerazione introduttiva. - § 2. Le novità circa la validità del trust e l'estensione dell'applicazione della legge di Jersey. - § 3. (*Segue*). La riserva di poteri in capo al disponente. - § 4. La nuova norma in tema di durata del trust. - § 5. Estensione della dottrina del *cy-près* a tutti i trust di scopo. - § 6. Breve *excursus* delle ulteriori modifiche apportate dalla riforma del 2006. - § 6.1. Gli atti di disposizione della posizione beneficiaria. - § 6.2. Le modifiche che interessano la figura del trustee.

## § 1. Una considerazione introduttiva.

La legge di Jersey, entrata in vigore nel 1984, in poco più di venti anni è stata modificata quattro volte(1), l'ultima delle quali mediante la Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006, entrata in vigore il 27 ottobre 2006(2).

Il susseguirsi degli interventi del legislatore si comprende nell'ottica di un adeguamento della normativa alle evoluzioni subite dal diritto dei trust soprattutto nell'ambito del c.d. modello internazionale(3), onde assicurare il mantenimento di un elevato livello di competitività della locale giurisdizione rispetto a quelle di altri Paesi *off-shore*.

La legislazione di Jersey, capostipite tra le leggi del modello internazionale, è stata variamente fruita, da un lato, dai successivi legislatori *off-shore*, che se ne sono avvalsi quale modello normativo apparentemente completo per regolamentare compiutamente o introdurre nel proprio ordinamento tale istituto, e, dall'altro lato, dal mondo della prassi professionale italiana, che in essa ha ravvisato un compendio scritto di norme e principi, non dissimili dal diritto dei trust inglese, che presenta il vantaggio di una maggior somiglianza all'abituale strumento di lavoro italiano, ovvero una legge, o, più precisamente, una sorta di testo unico delle leggi in materia di trust (sebbene l'art. 1(2) si affretti a precisare che la normativa non può essere interpretata come la codificazione di leggi riguardanti i trust, i trustee e le persone che possano vantare diritti nei confronti di un trust).

Con la modifica del 2006 l'ordinamento di Jersey

si è definitivamente aperto verso soluzioni innovative rispetto alla locale tradizione in materia di trust, che ha sempre risentito fortemente dell'influsso inglese, abbracciando posizioni proprie di alcune delle legislazioni del modello internazionale più all'avanguardia nella corsa all'accaparramento del mercato dei trust e dei benefici di sviluppo economico e finanziario ad esso connessi, intendendo altresì assicurare una maggior tutela e protezione dei trust disciplinati dalla legge di Jersey avverso azioni indirizzate a smontarne le strutture(4). In quest'ottica si comprendono le nuove disposizioni in tema di validità del trust, di irricognoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che tutelino i diritti dei legittimari all'estero, di durata del trust e di conversione dei trust di scopo.

Le note che seguono mirano a porre in evidenza (rispetto al testo della Trusts (Jersey) Law 1984, consolidato al 31 agosto 2004) le modifiche che la legge ha recentemente subito, avendo, per quanto possibile, riguardo anche alle leggi del modello internazio-

### Note:

Elisa Barla De Guglielmi è dottoranda di ricerca nell'Università di Firenze.

(1) Attuate con le leggi: Trusts (Amendment) (Jersey) Law 1989; Trusts (Amendment No. 2) (Jersey) Law 1991; Trusts (Amendment No. 3) (Jersey) Law 1996; Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006.

(2) Il cui testo consolidato può leggersi in questa Rivista, 2007, 104. La più recente traduzione è dell'avvocato Francesco Pighi, il cui lavoro è stato destinato ad una pubblicazione dell'Associazione "Il trust in Italia" per i suoi iscritti e ad un prossimo Quaderno di questa Rivista.

(3) L'espressione è stata coniata da M. Lupoi, *Trusts*, II ed., 2001, pp. 311-316, onde indicare un complesso di ordinamenti giuridici, non necessariamente di *common law* (vi è ricompresa, infatti, ad esempio, anche Malta), in cui il diritto dei trust ha la propria fonte primaria nella legge, come eventualmente integrata dalla giurisprudenza successiva, e aventi tutti in comune un ordinamento di riferimento, che è quello dell'*equity*, inteso, peraltro, non come autonoma giurisdizione, bensì come "espressione sul piano giuridico delle obbligazioni di coscienza".

(4) Ritiene che queste finalità non possano utilmente essere conseguite per la presenza di errori e di uno scarso collegamento tra la nuova normativa e la legislazione vigente, al punto da pregiudicare l'industria del trust e da far ritenere la riforma un passo in dietro, anziché in avanti: J. Harris, *Jersey's New Private International Law Rules for Trusts – a Retrograde Step?* [2007] 11 J.L.R. 9; di diverso avviso D. Hochberg, *Article 9 of the Trusts (Jersey) Law After the Trusts (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2006 – A Response* [2007] 11 J.L.R. 20.

nale dalle quali la riforma ha tratto, per alcuni versi, spunto.

## § 2. Le novità circa la validità del trust e l'estensione dell'applicazione della legge di Jersey.

Innanzitutto, la riforma ha individuato una serie di problematiche legate al trust con riferimento alle quali è espressamente escluso che qualsiasi norma di legge straniera possa in alcun modo interferire.

Il testo della legge consolidato al 31 agosto 2004, in effetti, si limitava a prevedere una presunzione di capacità d'agire in capo al disponente qualora questi, al momento dell'istituzione del trust, fosse stato maggiorenne e sano di mente ai sensi della legge dello Stato di residenza, e escludeva che le norme straniere preposte alla tutela dei legittimari potessero avere efficacia sulla validità di un trust sottoposto alla legge di Jersey o su quella dei trasferimenti di beni a un tale trust.

Sostanzialmente recependo, quasi negli stessi termini, il contenuto della *sect. 7(1)* del Trusts (Choice of Governing Law) Act 1989 di Bahamas<sup>(5)</sup>, della *sect. 90* della Trusts Law 2001 delle Cayman Islands<sup>(6)</sup>, della *sect. 13H* dell'International Trusts Act 1984 (as amend. 2004) delle Cook Islands<sup>(7)</sup> e della *sect. 13(1)* della Trusts Ordinance 1990 di Turks and Caicos Islands<sup>(8)</sup>, il nuovo art. 9 introduce una disciplina più ampia e di maggior dettaglio sul punto, elencando una serie di ambiti la cui disciplina è riservata alla legge di Jersey. In particolare, le questioni legate alla validità o all'interpretazione di un trust, ovvero alla validità o efficacia di un atto mediante il quale vengano segregati beni in trust, o che siano connesse alla capacità del disponente o all'amministrazione del trust (ovunque essa avvenga), o, ancora, ai poteri, ai doveri, alla responsabilità, ai diritti

### Note:

(5) Bahamas, Trusts (Choice of Governing Law) Act 1989, "Matters determined by governing law. 7.(1) Subject to subsection (2), all questions arising in regard to a trust which is for the time being governed by the laws of The Bahamas or in regard to any disposition of property upon the trust thereof including, without prejudice to the generality of the foregoing, questions as to -

- (a) the capacity of the settlor;
- (b) any aspect of the validity of the trust or disposition or the interpretation or effect thereof;
- (c) the administration of the trust, whether the administration be conducted in The Bahamas or elsewhere, including questions as to powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment and removal; or

(d) the existence and extent of powers, conferred or retained; including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment, and validity of any exercise thereof, shall be determined in accordance with the laws of The Bahamas, without reference to the laws of any other jurisdictions with which the trust or disposition may be connected".

(6) Cayman Islands, Trusts Laws 2001: "Matters determined by governing law. 90. All questions arising in regard to a trust which is for the time being governed by the laws of the Islands or in regard to any disposition of property upon the trusts thereof including questions as to -

- (a) the capacity of any settlor;
- (b) any aspect of the validity of the trust or disposition or the interpretation or effect thereof;
- (c) the administration of the trust, whether the administration be conducted in the Islands or elsewhere, including questions as to the powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment and removal; or
- (d) the existence and extent of powers, conferred or retained, including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment, and the validity of any exercise thereof, are to be determined according to the laws of the Islands, without reference to the laws of any other jurisdictions with which the trust or disposition may be connected (*omissis*)".

(7) Cook Islands, International Trusts Act 1984 (as amend. 2004): "Matters determined by governing law. 13H.(1) All questions arising in regard to an international trust which is for the time being governed by the laws of the Cook Islands or in regard to any disposition of property upon the trusts thereof including, without prejudice to the generality of the foregoing, questions as to:-

- (a) subject to subsection 2(c), the capacity of any settlor;
- (b) any aspect of the validity of the trust or disposition or the interpretation or effect thereof;
- (c) the administration of the trust, whether the administration be conducted in the Cook Islands or elsewhere, including questions as to powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment and removal; or
- (d) the existence and extent of powers, conferred or retained, including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment, and the validity of any exercise thereof, are to be determined according to the laws of the Cook Islands, without reference to the laws of any other jurisdictions with which an international trust or disposition may be connected".

(8) Turks and Caicos Islands, Trusts Ordinance 1990: "Application of foreign laws. 13.(1) All questions arising in regard to a trust which is for the time being governed by the laws of the Islands or in regard to any disposition of property upon the trusts thereof including, without prejudice to the generality of the foregoing, questions as to -

- (i) the capacity of any settlor;
- (ii) any aspect of the validity of the trust or disposition or the interpretation or effect thereof;
- (iii) the administration of the trust, whether the administration be conducted in the Islands or elsewhere, including questions as to the powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment and removal; or
- (iv) the existence and extent of powers, conferred or retained, including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment, and the validity of any exercise thereof, are to be determined according to the laws of the Islands, without reference to the laws of any other jurisdiction with which the trust or disposition may be connected (*omissis*)".

La legge di Jersey, peraltro, non prosegue nel recepimento della normativa per la parte in cui essa esclude che la *sect. 13* possa in alcun modo convalidare gli atti dispositivi del disponente che non siano fondati su un valido titolo; rendere inapplicabili le norme straniere relative alla capacità di una società; negare il riconoscimento di una legge straniera relativa alle formalità per il trasferimento dei beni; convalidare l'atto dispositivo di beni situati in una giurisdizione diversa, nullo secondo la locale normativa; o convalidare un testamento nullo ai sensi della legge *del de cuius*.

## Saggi

ti, alla nomina e revoca del trustee, o, infine, l'esistenza, l'ampiezza e il regolare esercizio dei poteri dei quali sia prevista la riserva o la delega a terzi, inclusa la nomina dei beneficiari, sono esclusivamente risolte sulla base della legge di Jersey senza che alcuna norma straniera possa essere efficacemente invocata (I comma)(9).

Come già nella precedente formulazione della legge, è ribadita, ma meglio precisata, l'enunciazione per la quale ai fini della validità di un trust di Jersey è del tutto irrilevante l'eventuale violazione dei diritti dei legittimari del disponente, salvo il caso in cui questi sia residente in Jersey. Il II comma dell'art. 9, infatti, prevede che le problematiche connesse alla validità del trust, enunciate nel I comma, debbano essere risolte, oltre che senza aver riguardo alla possibilità che la legge straniera eventualmente applicabile proibisca o non riconosca il trust, anche senza aver riguardo alcuno al fatto che l'istituzione del trust pregiudichi diritti successori derivanti dalla legge del luogo di residenza del disponente ovvero che risulti da sentenze, ordinanze amministrative o procedure giudiziali di autorità giudiziarie straniere. Sostanzialmente negli stessi termini si esprimono, in proposito, la *sect. 8* del Trusts (Choice of Governing Law) Act 1989 di Bahamas(10), la *sect. 11(1)* del Trusts (Special Provisions) Act 1989 (as amend. 2004) di Bermuda (nella quale, inoltre, il principio è esteso anche nei confronti dei creditori del disponente)(11), la *sect. 83A(13)* del Trustee Act 1961 (as amend. 2003) delle BVI(12), la *sect. 91* della Trusts Law 2001 delle Cayman Islands(13), la legge delle

## Note:

(9) La riserva in capo al disponente di alcuni poteri, tra cui la modifica o la revoca del trust e il potere di nomina, curiosamente, si trovano enunciati nell'art. 9 sebbene siano già previsti dall'art. 8 della Convenzione di L'Aja. Soprattutto, la norma riserva la regolamentazione dell'amministrazione del trust, ivi incluse le questioni afferenti ai poteri, agli obblighi, ai diritti e alle responsabilità del trustee e alla loro nomina o revoca, alla legge di Jersey, laddove, al contrario, la stessa Convenzione, all'art. 9, consente che il disponente possa scegliere di sottoporre gli aspetti dell'amministrazione del trust ad una legge diversa da quella che disciplina l'intero trust. Il che, conseguentemente, potrebbe portare alla conclusione per la quale la legge di Jersey si applica ad un trust sempre e comunque, indipendentemente dal fatto che il disponente abbia rimesso la disciplina di alcuni aspetti del trust a legge differente (J. Harris, *Jersey's New Private International Law Rules for Trusts – a Retrograde Step?* [*supra*, nota 4]). A queste osservazioni sono stati mossi due rilievi: il primo è che disposizioni come quella in questione, che riprende poteri che già la Convenzione consente siano riservati dal disponente, non sono inusuali a livello internazionale e tutto sommato è comodo rinvenirli nella legge; il secondo rilievo è volto a porre in evidenza che, sebbene la Convenzione consenta la scelta di sottoporre un trust a più di una legge regolatrice, la pratica dimostra che la prassi è diversamente orientata (D. Hochberg, *Article 9 of the Trusts (Jersey) Law After the*

*Trusts (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2006 – A Response* [*supra*, nota 4]).

(10) Bahamas, Trusts (Choice of Governing Law) Act 1989: "Imitations in foreign law. 8. Without limiting the generality of section 7, it is hereby expressly declared that no trust governed by the laws of The Bahamas and no disposition of property to be held on trust that is valid under the laws of The Bahamas is void, voidable, liable to be set aside or defective in any manner by reference to a foreign law; nor is the capacity of any settlor to be questioned nor is the trustee or any beneficiary or any other person to be subjected to any liability or deprived of any right, by reason that –

(a) the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or

(b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interest conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights or contravenes any rule of foreign law or any foreign, judicial or administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interest".

(11) Bermuda, Trusts (Special Provisions) Act 1989 (as amend. 2004): "Application of foreign laws. 11.(1) Subject to section 10(2)(a) to (f), where a trust is validly created under the laws of Bermuda, the court shall not vary it or set it aside and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective for any reason, nor is the capacity of any settlor to be questioned, nor is the trustee, any beneficiary or any other person to be subjected to any liability or deprived of any rights, by reason that –

(a) the law of any other jurisdiction prohibits or does not recognise the concept of a trust;

(b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by the law of another jurisdiction upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or to any beneficiary or by way of heirship rights, or contravenes the law of another jurisdiction or any foreign judicial or administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests; or

(c) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by the law of another jurisdiction upon any person in respect of the protection of creditors in matters of insolvency".

(12) BVI, Trustee Act 1961 (as amend. 2003): "Conflict of laws rules for certain trusts and dispositions. 83A. (13) Subject to any express provision to the contrary in the trust or disposition, no Virgin Islands trust, and no disposition of property to be held upon the trusts of such a trust, is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of any settlor in relation to the trust or disposition to be questioned, nor is the trustee or any beneficiary or other person to be subjected to any liability or deprived of any right, by reason that –

(a) the law of any foreign jurisdiction prohibits or does not recognise the concept of a trust, or

(b) the Virgin Islands trust or the disposition

(i) avoids or defeats any right, claim or interest conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights; or

(ii) contravenes any rule of foreign law or any foreign judicial or administrative order or arbitration order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to such a right, claim or interest".

(13) Cayman Islands, Trusts Law 2001: "Exclusion of foreign law. 91. Subject to the same provisos as are set out in paragraphs (i) to (vi) of section 90, it is expressly declared that no trust governed by the laws of the Islands and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of any settlor to be questioned, nor is the trustee, any beneficiary or any other person to be subjected to any liability or deprived of any right, by reason that –

(a) the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or

(b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests

(Segue)

Isole Cook nella *sect.* 13I(14) e la Trusts Ordinance di Turks and Caicos, *sect.* 13(2)(15).

Altro punto toccato dalla riforma è quello che attiene alla riconoscibilità a Jersey dei provvedimenti giurisdizionali stranieri.

Nel precedente *Re the H Trust X Trust Company Limited v RW and others* del 12 aprile 2006(16), la Royal Court aveva in proposito affermato che qualora il trustee intervenga nel procedimento che si svolge innanzi ad un giudice straniero (inglese nella fattispecie) il riconoscimento del provvedimento da questi adottato avviene automaticamente in forza delle norme di diritto internazionale privato, ma che altrettanto non vale per il caso in cui il trustee non compaia: l'istanza di riconoscimento, infatti, in questo caso può essere valutata dal giudice di Jersey anche nel merito, e non soltanto da un punto di vista formale, cosicché, pertanto, non necessariamente sarà accolta. È comunque fatta salva la possibilità, come ammesso nel caso *Re the A Trust FM v ASL Trustee Company Limited*, del 6 febbraio 2006(17), che il giudice, pur non ritenendo di dover procedere al riconoscimento, ma in presenza di ragioni di giustizia e equità, provveda egli, per il tramite di un proprio ordine che realizzi i medesimi effetti, a dare concreta esecuzione al provvedimento irrisconoscibile.

Il IV comma dell'articolo 9, a seguito della riforma, rende esplicito questo principio giurisprudenziale, già enunciato nelle leggi del modello internazionale(18), affermando che non può procedersi al riconoscimento e quindi all'esecuzione, delle pronunce giurisdizionali straniere che siano in contrasto con la legge (di Jersey) regolatrice del trust, e, in particolare, con le norme in essa previste circa la validità del trust medesimo, e ciò anche in deroga a qualsiasi disposizione di diritto internazionale privato altrimenti applicabile.

Una prima lettura della formulazione del nuovo art. 9, pertanto, depone nel senso di una chiara irrisconoscibilità del provvedimento straniero che contrasti con la legge di Jersey(19). Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, con una tempestività che ha dell'eccezionalità, la Royal Court ha dovuto pronunciarsi sull'effettiva portata

Note:

(Continua nota 13)

conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights, or contravenes any rule of foreign law or any foreign judicial or administrative order or action

intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests”.

(14) Cook Islands, International Trusts Act 1984 (as amend. 2004): “Exclusion of foreign law. 13I. Without limiting the generality of section 13H, it is expressly declared that no international trust governed by the laws of the Cook Islands and no disposition of property to be held upon the trust thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion nor may relief be had under section 13B, nor is the capacity of any settlor to be questioned by reason that –

- (a) the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust either in part or in whole; or
- (b) the international trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by the law of a foreign jurisdiction upon any person or, contravenes any rules or foreign law or any foreign judicial administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests; or
- (c) the laws of the Cook Islands or the provisions of this Act or the principal Act are inconsistent with any foreign law”.

(15) Turks and Caicos Islands, Trusts Ordinance 1990: “Application of foreign laws. 13(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is expressly declared that no trust governed by the laws of the Islands and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of any settlor to be questioned by reason that –

- (a) the laws of any foreign jurisdiction prohibits or do not recognise the concept of a trust; or
- (b) the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights, or contravenes any rule of foreign law or any foreign judicial or administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests”.

(16) In questa Rivista, *infra*, 274.

(17) In questa Rivista, *infra*, 271.

(18) La legge di Cook, in particolare, introduce espressamente una deroga non soltanto alle leggi scritte e ai trattati internazionali, ma più in generale anche alle norme di *equity* e di *common law* in proposito: “Foreign judgements not enforceable. 13D. Notwithstanding the provisions of any treaty or statute, or any rule of law, or equity, to the contrary, no proceedings for or in relation to the enforcement or recognition of a judgement obtained in a jurisdiction other than the Cook Islands against any interested party shall be in any way entertained, recognised or enforced by any Court in the Cook Islands to the extent that the judgement –

- (a) is based upon the application of any law inconsistent with the provisions of this Act or of the Trustee Companies Act 1981-2; or
- (b) relates to a matter or particular aspect that is governed by the law of the Cook Islands”.

La *sect.* 10 del Trusts (Choice of Governing Law) Act 1989 di Bahamas, similmente, esclude la riconoscibilità e l'eseguibilità di una sentenza straniera che sia in contrasto con le disposizioni sulla validità di un trust sottoposto alla locale legislazione, con particolare riferimento alla violazione dei diritti ereditari.

Anche il Trustee Act 1961 (as amend. 2003) di BVI, alla *sect.* 83A(19), esclude la riconoscibilità o l'eseguibilità di una sentenza straniera, o la possibilità che essa dia luogo all'*estoppel*, se la sentenza medesima si pone in contrasto con le norme di cui ai commi precedenti. Molto simile sono la *sect.* 93 della Trusts Law di Cayman, con riferimento ai diritti degli eredi del disponente, e la *sect.* 11(2) dell'International Trusts Act 1984 (as amend. 2004) di Bermuda, che, però, contempla anche i diritti dei creditori.

(19) Sebbene sul punto non manchi un certo dibattito dottrinale sulla portata più o meno ampia di questo principio: si v. J. Harris, *Jersey's New Private International Law Rules for Trusts – a Retrograde Step?* [*supra*, nota 4]; D. Hochberg, *Article 9 of the Trusts (Jersey) Law After the Trusts (Amendment no. 4) (Jersey) Law 2006 – A Response* [*supra*, nota 4].

**Saggi**

della norma in questione, dandone, peraltro, un'interpretazione restrittiva(20).

La norma, infatti, ha affermato il giudice Bailhache, non può essere letta in un senso troppo letterale perché ciò cagionerebbe, da un lato, la legittimazione di quelle condotte comportanti la sottrazione di patrimoni tenute al solo scopo di arrecare danno ad altri; e, soprattutto, dall'altro lato comporterebbe un'implicita, ma inammissibile, abrogazione della c.d. *doctrine of comity*(21) e una forte limitazione alla flessibilità che caratterizza l'azione del giudice di Jersey nel riconoscimento dei provvedimenti stranieri.

Seguendo questa interpretazione, il giudice, richiesto dal trustee di dare indicazioni circa l'esecuzione dell'ordine emesso nei suoi confronti dal giudice inglese innanzi al quale era comparso intervenendo nel procedimento per la separazione personale dei coniugi beneficiari del trust, dispone che il ricorrente dia comunque esecuzione all'ordine medesimo, seppur con alcune variazioni.

### § 3. (Segue). La riserva di poteri in capo al disponente.

L'art. 9, infine, ribadisce il principio dell'inapplicabilità, ai fini della validità di un trust, della massima di diritto consuetudinario normanno "donner et retenir ne vaut".

Jersey si presenta come una giurisdizione del tutto particolare, nella quale trovano attuale applicazione norme aventi le più diverse origini. Le peculiarità che caratterizzano questa giurisdizione derivano sostanzialmente dalla storia dell'isola medesima: parte del Ducato di Normandia intorno all'anno Mille, e quindi territorio francese rientrando in quella zona all'epoca indicata con il nome di *pays de droit coutumier*, con la nomina del Duca di Normandia a Re d'Inghilterra, Jersey entra nella sfera politica inglese, pur continuando a mantenere una propria identità autonoma. Quando Giovanni d'Inghilterra rinuncia ai territori francesi del Ducato di Normandia, all'inizio del XIII secolo, nulla viene detto a proposito del futuro dell'isola di Jersey (né di quello di Guernsey), che da quel momento resta(no), per consuetudine, un possedimento personale della Corona inglese.

Jersey, pertanto, non è mai stata parte né dell'Inghilterra né, successivamente, del Regno Unito: l'isola ha così potuto sviluppare un ordinamento giuridico del tutto proprio che è innanzitutto basato sul diritto consuetudinario normanno dell'epoca della

Battaglia di Hastings, integrato, nel tempo, da una *common law* e da principî di equità, talvolta ispirati al modello inglese, talaltra al modello francese, nonché da interventi del locale organo legislativo che prescindono dall'evoluzione del diritto inglese. Il diritto consuetudinario normanno non è quindi mai stato abrogato: esso trova ancora oggi importanti applicazioni nella risoluzione delle dispute, come risulta dai non rari richiami contenuti nelle sentenze alle raccolte delle consuetudini locali e della Normandia, alcune delle quali risalenti al XVII e al XVIII secolo, dai riferimenti al pensiero dottrinario degli autori francesi, tra cui Pothier e Domat, e all'evoluzione del diritto francese, sovente metro di misurazione del diritto di Jersey(22).

Ad ulteriore riprova di ciò sta la considerazione per la quale, nonostante la vicinanza, non solo geografica, all'Inghilterra, e i forti influssi che da essa provengono per il tramite di un continuo scambio giuridico-culturale che vede i professionisti e i giudici di Jersey prepararsi e studiare in Inghilterra o, nella maggior parte dei casi, essere inglesi, ciò che rende inevitabile un'importazione delle regole e dei principî propri del diritto inglese, non vi si è ancora verificato un completo superamento del diritto consuetudinario(23). D'altronde, fino a non molto tem-

#### Note:

(20) *In the matter of the Brookvale Trust*, Jersey Royal Court, 6 dicembre 2006, inedita.

(21) "[...] la *doctrine of comity* è un principio informale di diritto internazionale riconosciuto storicamente nei paesi di *common law* per il quale le nazioni estendono, per mera cortesia e rispetto dei reciproci rapporti internazionali, il riconoscimento, la validità e l'esecuzione nel loro territorio di atti legislativi o giudiziari dell'altra Nazione. Non è né un concetto assoluto obbligatorio né solo di mera cortesia, ma di mera convenienza nell'ambito dei rapporti internazionali" (in questi termini I. Valas, *Sham trust*: richiesta di istruzioni alla corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che un trust è *sham*, in questa Rivista, 2006, 239).

(22) In una fattispecie relativa alla proposizione di un'azione per la risoluzione di un contratto stipulato a Jersey, il Privy Council ha elencato, tra le fonti del diritto alle quali far riferimento per la risoluzione della controversia, oltre al diritto consuetudinario normanno, anche l'antico diritto romano, il diritto francese attuale (sebbene nel caso di specie non di immediata fruibilità) e in generale il diritto codificato dei moderni sistemi di *civil law* (*Snell v Beadle (nee Silcock)*, Privy Council, 29 gennaio 2001, inedita).

Per una sintesi delle fonti del diritto di Jersey si v. R. Southwell, *The Sources of Jersey Law* [1997] 1 J.L.R. 221; Id., *A Note on Sources of Jersey Law* [1999] 3 J.L.R. 213.

(23) A questo proposito basti ricordare la ancora attuale procedura preposta alla tutela della proprietà denominata "clameur de Haro" (si v. "*Sur La Coustume De Jersey*": A 17th Century Poem [2000] 3 J.L.R. 217). Si  
(Segue)

po fa, la formazione di un giurista di Jersey prevedeva obbligatoriamente la frequentazione di un corso di studi normanno-giuridici nella città francese-normanna di Caen.

La massima “donner et retenir ne vaut”, in particolare, è un principio posto dal diritto consuetudinario normanno a tutela dei diritti dei legittimari a non veder violata la quota di legittima a loro spettante(24). In base alla massima, infatti, sono nulli tutti quei trasferimenti a titolo gratuito (donazioni) compiuti in vita dal *de cuius* e che possano pregiudicare la quota di legittima degli eredi quando, nonostante l'avvenuto trasferimento, si possa comunque affermare che il donante abbia mantenuto un reale potere di disposizione e di controllo sui beni donati (tanto se mobili, quanto se immobili). In applicazione di questo principio, la Royal Court, in un *leading case* del 1991(25), ha dichiarato la nullità di un trust istituito nel 1977 nel quale, per l'appunto, il disponente aveva segregato un consistente patrimonio, ma riservandosi importanti poteri di disposizione e di amministrazione del fondo e vincolando molte delle attività e delle decisioni del trustee al proprio previo consenso(26).

La legge di Jersey, nella sua formulazione originaria del 1984, taceva in punto di applicabilità della massima, che pertanto trovava applicazione. Tuttavia, nelle more del giudizio che ha condotto al *leading case* del 1991, il legislatore ha approvato la prima riforma (1989) della Trusts (Jersey) Law, con la quale la massima medesima è stata abrogata con riferimento ai trust: con le modifiche entrate in vigore nel 2006 è stata meglio precisata l'estensione dell'eccezione, prevedendo che la massima non trovi applicazione, oltre che per le questioni che riguardino il trasferimento o altra disposizione di beni in trust (come già nella formulazione precedente), anche per le questioni attinenti alla validità, all'efficacia e alla gestione di un trust.

Sempre nel tema di validità di un trust, rientrano anche le disposizioni contenute nell'art. 9A della legge, di nuova introduzione, che pone nella sostanza un limite alla possibilità che un trust venga dichiarato *sham*, e quindi nullo, sulla base della conservazione, in capo al disponente, di una serie di poteri, pregnanti, di gestione e amministrazione del trust(27).

La problematica dello *sham trust* è relativamente recente e non rientra nel diritto classico dei trust: termine del linguaggio comune, “sham” inizia ad es-

sere diffusamente impiegato in ambito giuridico soltanto a seguito di una pronuncia della Court of Appeal inglese del 1967(28) per indicare quegli atti che siano stati compiuti allo scopo di ingenerare nei terzi il convincimento che tra i contraenti sia sorto un certo diritto o una certa obbligazione, quando, in realtà, il diritto o l'obbligazione voluti sono differenti. “Sham”, pertanto, indica un intento simulatorio delle parti, comune ad esse, che, qualora pregiudichi la posizione dei terzi, determina una dichiarazione di nullità.

Più precisamente, per addivenirsi ad una tale dichiarazione non è sufficiente avere riguardo solo alla volontà delle parti, quale risultante dal documento sottoscritto, ma è altresì necessario tenere in considerazione, da un lato, le circostanze in presenza delle

Note:

(Continua nota 23)

tratta, nella sostanza, di una procedura mediante la quale il proprietario di un bene (che agisca in buona fede) può impedire che altri, tramite una condotta che incida sul bene, gli arrechi pregiudizio. Ad esempio, il proprietario di un terreno che si accorga che il vicino sta costruendo anche sul suo terreno, oltre che sul proprio, può, in ginocchio e con le mani in aria, con fare di supplica, pronunciare la formula, in lingua francese, “Haro! Haro! Haro! A l'aide mon prince! On me fait tort”. L'effetto di questa *clameur* è inibitorio e immediato: il vicino deve istantaneamente cessare la propria attività e attendere la conclusione della procedura giudiziaria che verrà successivamente instaurata (previa registrazione della *clameur* entro 24 ore dalla pronuncia della formula); in caso contrario, commette *contempt of court* ed è punibile di conseguenza, indipendentemente dal verdetto del giudice circa la legittimità o meno della condotta incriminata.

La *clameur de Haro* è, per l'appunto, una norma di diritto consuetudinario risalente al X-XI secolo, ampiamente conosciuta a Jersey (e a Guernsey), alla quale è prestata da sempre ampia attenzione e che nessuno mai penserebbe di violare ignorando la pronuncia della formula.

(24) Sulla massima e i suoi riflessi in termini di *sham trust* si v. P. Matthews – T. Sowden, *The Jersey Law of Trusts*, Londra, III ed., pp. 59-64.

(25) *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others*, in questa Rivista, 2004, 296.

(26) Nel *leading case* del 1991, in realtà, si discuteva di un trust istituito nel 1977 e, pertanto, a parere dei giudici doveva trovare applicazione il diritto previgente l'introduzione della normativa sui trust – ecco il perché della dichiarazione di nullità nonostante l'eccezione contenuta nella legge.

(27) Ciò non significa, comunque, che il disponente non possa validamente conservare alcuni *powers*: M. Lupoi, *Trusts [supra, nota 3]*, pp. 169-174. D'altronde, la stessa Convenzione de L'Aja, all'art. 2, stabilisce che il semplice fatto che il disponente conservi alcuni diritti o facoltà in relazione ai beni in trust non è incompatibile con l'esistenza stessa del trust: tutto dipende, fondamentalmente, dalla misura della riserva compiuta.

(28) *Snook v London and West Riding Investments Ltd.*, in questa Rivista, 2006, 286. Il precedente, tuttavia, non riguarda la materia del trust, bensì una fattispecie di *sale and lease back*.

## Saggi

quali la volontà è stata manifestata, e, dall'altro lato, il comportamento da esse successivamente tenuto nel corso dello svolgimento del loro rapporto<sup>(29)</sup>.

L'applicazione che della dottrina dello *sham* è stata fatta in materia di trust ha condotto alla dichiarazione della nullità di alcuni trust sulla scorta del fatto che il disponente aveva mantenuto un importante controllo sull'attività compiuta dal trustee, potendosi, sovente in questi casi, ritenere che vi fosse un intento simulatorio in danno o dei legittimari o dei creditori del disponente medesimo<sup>(30)</sup>.

Alcune leggi del modello internazionale contengono lunghe elencazioni di poteri che il disponente può riservarsi senza che ciò possa pregiudicare la validità del trust<sup>(31)</sup>. Le Isole Vergini Britanniche, poi, da questo punto di vista, sono, nell'ambito del modello internazionale, all'avanguardia<sup>(32)</sup>: il c.d. *Vista Trust*, infatti, è una particolare tipologia di trust di partecipazioni azionarie che, istituito in conformità al, e sottoposto al, *British Virgin Islands Special Trusts Act* del 2003, deresponsabilizza il trustee che nell'amministrazione dei valori mobiliari (emessi da società aventi sede nelle BVI) si attenga pedissequamente alle istruzioni dategli dal disponente (direttamente o tramite l'atto istitutivo) – ciò che in altre circostanze determinerebbe, se non una dichiarazione di nullità del trust, quanto meno una condanna in capo al trustee per *breach of trust* –<sup>(33)</sup>.

Nell'ordinamento di Jersey la problematica dello *sham trust* va di pari passo con il principio di cui alla massima di diritto consuetudinario normanno “*donner et retenir ne vaut*”, e, ai fini della dichiarazione di *sham*, è ritenuto dalla giurisprudenza necessario che, da un lato, disponente e trustee abbiano avuto un comune intento simulatorio, tale per cui o il trust è da intendersi come non istituito (quindi nullo), ovvero come se il fondo in trust fosse detenuto dal trustee per il disponente “*absolutely*”, e, dall'altro lato, che sia il disponente sia il trustee abbiano inteso ingenerare nei terzi (inclusi i beneficiari del trust e il giudice) la falsa convinzione che i beni siano effettivamente vincolati in un trust<sup>(34)</sup>.

In questo contesto, il neo introdotto art. 9A si inserisce escludendo che il fatto che il disponente possa riservare a sé o ad altri una posizione beneficiaria nei confronti dei beni in trust o un'ampia gamma di poteri in relazione all'amministrazione del fondo in trust, possa portare ad una dichiarazione di invalidità del trust medesimo o ad un ritardo nella produzione degli effetti che gli sono propri.

Tra i poteri che il disponente può riservare a sé o ad altri vi sono:

- la revoca e la modifica del trust e dei poteri e degli obblighi da esso derivanti;
- il potere di compiere o di far compiere anticipazioni, assegnazioni, impieghi o pagamenti utilizzando tanto il reddito quanto il capitale del fondo in trust;
- amministrare società in tutto o in parte in trust, ovvero dare indicazioni vincolanti circa la nomina o la rimozione degli amministratori;
- impartire direttive vincolati per il trustee circa l'acquisto, la vendita, la ritenzione, la gestione dei beni in trust, la contrazione di mutui, la concessione di garanzie o di pegni e, più in generale, circa l'esercizio di qualsiasi potere o diritto sui beni in trust;
- nominare o revocare guardiani, *enforcer* (per i trust di scopo), trustee e beneficiari;
- nominare o sostituire gestori e consulenti finanziari;

### Note:

(29) *Antoniades v Villiers* [1990] 1 AC 417.

(30) Per una puntuale ricostruzione della nascita e dello sviluppo in Inghilterra e a Jersey della dottrina dello *sham trust* v. A. Braun, Quando un trust è *sham*: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey, in questa Rivista, 2006, 346; si v. altresì D. Hayton, Shams, Piercing Veils, Remedial Constructive Trusts and Trading [2004] J.L.R. 6.

(31) Riserve in questo senso, sebbene non molto dettagliate, sono previste dalle *sectt.* 3 e 81 del *Trustee Act 1998* (as amend. 2004) di Bahamas; dalla *sect.* 14 della *Trusts Law 2001* di Cayman Islands e dalla *sect.* 13C dell'*International Trusts Act 1984* (as amend. 2004) delle Cook Islands, nella quale è previsto anche che il disponente possa riprendersi i beni in trust.

Tagliate sul modello dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja sono, invece, le previsioni della *sect.* 2(3) del *Trusts (Special Provisions) Act 1989* di Bermuda e della *sect.* 2(4) del *Trustee Act 1961*, as amend. 2003, di BVI, laddove è genericamente dichiarata non incompatibile con l'esistenza di un trust la riserva di poteri e facoltà in capo al disponente.

(32) Si v., peraltro, la *sect.* 4 del *Public Trustee Act 1906* inglese che già all'inizio del XX secolo consentiva che un trustee potesse, in una certa misura, non essere chiamato ad assolvere le funzioni istituzionalmente proprie. La legge, infatti, dopo aver distinto la figura del *custodian trustee* da quella del *managing trustee*, attribuisce al primo un ruolo di controllo e di indirizzo sul secondo, ma lo deresponsabilizza per l'attività che questi compia, salvo il caso in cui, collaborando nell'amministrazione del trust, commetta *breach of trust*.

(33) *Virgin Islands Special Trusts Act, 2003*, in questa Rivista, 2005, 127. Per un commento, sia consentito rinviare al mio *Il Vista Trust*: dalle Isole Vergini Britanniche una soluzione (controversa) ai trust di partecipazioni azionarie, in questa Rivista, 2005, 231.

(34) *C I Law Trustees Limited, Folio Trust Company Limited v Meher Rohinton Minwalla and others*, in questa Rivista, 2006, 263; A. K. MacKinnon v *The Regent Trust Company Limited and others*, *ivi*, 268; *Abdel Rahman v Chase Bank (CI) Trust Co Ltd.* 1991 JLR 103; in questa Rivista, 2004, 296; *Esteem Settlement, In re*, *ivi*, 414.



- modificare la legge regolatrice del trust;
- limitare l'esercizio di poteri e facoltà del trustee condizionandoli ad un previo consenso del disponente medesimo o di un altro soggetto.

Si tratta, come appare evidente, dei massimi poteri possibili: il disponente oggi può esercitare tanti e tali poteri da sostituirsi completamente alla figura del trustee, ponendolo in questo modo su un piano secondario. Il III comma dell'articolo, d'altronde, contiene una clausola di esonero da responsabilità per il trustee che si sia conformato all'esercizio di uno di questi poteri da parte del disponente medesimo o di un terzo al quale esso sia stato riservato, determinando in tal modo il venir meno, in relazione a questi poteri, della centralità, all'interno di un trust, della figura del trustee<sup>(35)</sup>, fortemente deresponsabilizzato e ridotto a poco più che un "prestanome"<sup>(36)</sup>.

Risulta così legittimata la ritenzione da parte del disponente di tanti e tali poteri che fino a prima dell'entrata in vigore della nuova riforma della Trusts (Jersey) Law avrebbero probabilmente condotto a dichiarare il trust *sham* o in violazione della massima "donner et retenir ne vaut", rendendo così la locale giurisdizione particolarmente appetibile per tutti quei disponenti che desiderino mantenere un forte controllo sui beni segregati, senza per ciò dover far ricorso alle leggi di alcuni lontanissimi paradisi fiscali.

Applicando la nuova normativa ad un trust interno italiano, i creditori o i legittimari del disponente inutilmente potranno eccepire una nullità del trust in quanto *sham*, e ciò perché il disponente è per l'appunto legittimato *ex lege* a riservarsi ampi poteri; più problematica per il disponente potrebbe essere, invece, l'eccezione che il trust non sia riconoscibile ai sensi della Convenzione de L'Aja, in quanto questa, pur consentendo una riserva, sicuramente non ammette che per tramite di ciò venga meno la concreta possibilità di perseguire l'interesse beneficiario o la specifica finalità del trust.

#### § 4. La nuova norma in tema di durata del trust.

La più significativa riforma introdotta nel 2006 attiene alla durata del trust e quindi all'applicazione della c.d. *rule against perpetuities*.

Per il diritto dei trust inglese non è tanto importante il momento in cui il trust ha termine, quanto il momento nel quale le posizioni beneficiarie sono de-

finitivamente individuate: verificatosi questo momento, il trust può proseguire a tempo indeterminato. Ciò che il diritto inglese non ammette, infatti, è il perdurare oltre un certo limite dell'incertezza circa i soggetti ai quali il fondo in trust appartenga e che quindi possano pretendere dal trustee l'attribuzione dei beni. La c.d. *rule against perpetuities*, pertanto, prevede la nullità di quel *beneficiary interest* che non sia definitivamente determinato entro il periodo di 21 anni dalla data della morte di una persona in vita al momento dell'istituzione del trust. Il rigore di questa *rule* ha condotto, con finalità semplificatorie, all'introduzione del Perpetuities and Accumulation Act 1964 nel quale è previsto, accanto alla regola tradizionale, anche un *perpetuity period* convenzionale, pari a un massimo di ottanta anni dalla data dell'istituzione del trust, entro il quale le posizioni beneficiarie devono diventare *vested*.

Il modello internazionale, invece, è orientato nel senso di un'abolizione della *rule against perpetuities* in favore dell'introduzione di un vero e proprio termine di durata del trust, decorso il quale esso finisce: così anche Jersey. In effetti, prima dell'entrata in vigore della Trusts (Jersey) Law del 1984, Jersey non conosceva alcuna regolamentazione degli interessi futuri dei beneficiari e della durata del trust: la legge del 1984, ponendosi sulla linea del modello internazionale, ha introdotto (con riferimento esclusivo ai trust con beneficiari, essendone esclusi i trust di scopo *charitable*) un termine di durata di cento anni dalla data nella quale il trust fosse venuto in esistenza, prevedendo che un'eventuale indicazione di un termine superiore non avrebbe determinato la nullità del trust, bensì l'automatica riduzione in conformità alla legge medesima<sup>(37)</sup>.

Il trend evolutivo del modello internazionale, pe-

#### Note:

(35) Che secondo la migliore dottrina è l'unica figura fondamentale e assolutamente necessaria di un trust: M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 3], p. 164 e pp. 286 – 291.

(36) L'esonero da responsabilità per il trustee che abbia agito nel rispetto dell'esercizio da parte del terzo del potere a lui riservato è previsto anche dalla *sect. 15* della Trusts Law 2001 di Cayman Islands. La *sect. 81* del Trustee Act 1998 (as amend. 2004) di Bahamas, nel prevedere l'esonero da responsabilità, pone peraltro anche la duplice condizione che il consenso all'esercizio del potere sottoposto sia stato richiesto dal trustee prima dell'esercizio del potere medesimo e che il trustee abbia agito in buona fede.

(37) Per una ricostruzione e per le problematiche conseguenti la scadenza del termine sotto il vigore della legge pre riforma, v. P. Matthews – T. Sowden, The Jersey Law of Trusts [*supra*, nota 24], pp. 185-187.

## Saggi

raltro, oggi si sta orientando verso la possibilità di istituire trust dalla durata sempre più lunga (cento, centoventi, centocinquanta anni – così per le leggi di Belize, Bermuda, BVI, Cayman Islands, Cipro e Malta(38)) –, fino ad arrivare a non imporre alcun termine e consentire durate illimitate: così, ad esempio, Anguilla, Dubai e Turks and Caicos(39).

Così anche l'art. 15 della legge di Jersey a seguito delle modifiche introdotte nel 2006, che oggi si pone su un piano del tutto concorrenziale nell'ambito del modello internazionale, prevedendo anch'esso che, salva diversa indicazione nell'atto istitutivo, un trust possa "continue in existence for an unlimited period", escludendo chiaramente che possa trovare alcuna applicazione la *rule against perpetuities*.

La nuova formulazione della norma, pertanto, ha esteso ai trust con beneficiari e ai trust di scopo non *charitable*(40) la medesima regola che nel testo previgente consentiva per i soli trust di scopo *charitable* una durata superiore ai cento anni.

Infine, un'ultima considerazione: l'importanza della nuova disposizione sulla durata del trust non soltanto potrà manifestarsi in relazione ai trust istituiti successivamente alla data di entrata in vigore della riforma, che ne trarranno beneficio diretto, ma anche nei confronti dei trust istituiti in precedenza. Il III comma dell'art. 15, in deroga a un'altra disposizione del diritto dei trust classico(41), infatti, dichiara la validità del trasferimento dei beni di un trust ad un altro trust anche se il secondo trust è destinato a produrre i propri effetti oltre la data entro la quale il primo trust deve avere termine.

In applicazione di questa norma, pertanto, il trustee di un trust istituito prima dell'entrata in vigore della riforma, e quindi sottoposto al principio della durata massima di cento anni, potrà sostanzialmente "trasformare" il trust in questione in un trust (eventualmente) perpetuo mediante il trasferimento di tutti i beni del fondo in un altro trust, istituito oggi ed avente una durata illimitata (o comunque superiore a quella dell'originario).

### § 5. Estensione della dottrina del *cy-près* a tutti i trust di scopo.

L'ultima rilevante novità introdotta dalla riforma del 2006 riguarda i trust di scopo, *charitable* e non, con particolare riferimento alla destinazione dei beni allorquando lo scopo non possa più essere perseguito.

L'art. 47A di nuova introduzione, infatti, prevede

che, al verificarsi di una serie di casi enunciati nel II comma, il giudice, su istanza del trustee o dell'Attorney General, può disporre che i beni di un trust di scopo (o il loro residuo), siano impiegati per il diverso scopo che egli indichi e che sia ritenuto conforme all'originario intendo del disponente(42).

Si tratta, nella sostanza, dell'estensione in via le-

#### Note:

(38) La *sect. 6(1)* del Trusts Act 1992, revised 2000 del Belize prevede che "6.(1) [...] the maximum duration of a trust shall be one hundred and twenty years from the date of its creation and a trust shall terminate on the one hundred and twentieth anniversary of the date of its creation unless it is terminated sooner"; in termini molto simili si esprime anche la *sect. 12* del Trusts and Trustees Act 2004 di Malta, salvo che per il minor termine di cent'anni; la *sect. 3(1)* del Perpetuities and Accumulation Act 1989 di Bermuda stabilisce che "[...] where the instrument by which any disposition is made so provides, the perpetuity period applicable to the disposition under the rule against perpetuities, instead of being of any other duration, shall be of a duration equal to such number of years not exceeding one hundred as is specified in that behalf in the instrument"; identica la *sect. 68(1)* del Trustee Act 1961, as amend. 2003 di BVI; simile anche la norma in vigore a Cipro, l'International Trusts Act 1992, *sect. 5(1)* "For the purposes of this Law and notwithstanding any legal provision to the contrary, or of a rule of law of the Republic or of any other country the duration period of an international trust may continue until the one hundredth anniversary of the date on which it came into existence when it will terminate, unless terminated sooner due to a relevant direction in the instrument creating it or for any other reason".

(39) Si tratta della *sect. 6* della Trust Ordinance 1994 (as amend. 2000) di Anguilla ("6.(1) An instrument creating or varying a trust may provide for the duration and date of termination of the trust. (2) The rules of law known as the rules against perpetuities shall not apply to a trust. (3) For the avoidance of doubt it is declared that the rules referred to in subsection (2) include: (a) the application or effect of those rules in respect of accumulations; and (b) the rule of law prohibiting trusts of perpetual duration (*omissis*)"); della *sect. 14* della Trust Ordinance 1990 di Turks and Caicos (che ha una formulazione sostanzialmente identica alla norma di Anguilla); della *sect. 28* della Trust Law 2005 di Dubai ("A trust may continue indefinitely or terminate in accordance with this Law or with the terms of the trust").

A cui vanno aggiunte le leggi di alcuni stati degli Stati Uniti d'America che consentono anch'essi trust perpetui (Delaware, South Dakota) o comunque di durata millenaria (Alaska, Utah, Wyoming). Per un'interessante ricostruzione della nascita e dell'evoluzione dei *c.d. dynasty trust* v. J. C. Tate, *Perpetuities and Trust Law Reform in the United States*, in questa Rivista, 2005, 504 (I parte), 2006, 59 (II parte).

(40) La possibilità di istituire trust puramente di scopo, quindi non *charitable*, è stata introdotta nella legge di Jersey con la riforma del 1996. Per un commento, si v. P. Matthews, *Trusting On Purpose: The Trusts* (Amendment no: 3) (Jersey) Law 1996 [1997] 1 J.L.R.

(41) Il diritto dei trust prevede che il trustee possa avvalersi del *power of resettlement* che gli consente di vincolare in un nuovo trust i beni che potrebbe, in base ai suoi poteri, attribuire ad un beneficiario. Il trust così istituito, peraltro, incontra i medesimi limiti circa la durata e la *rule against perpetuities* che incontra il trust dal quale provengono i beni in questione.

(42) Prima che la riforma intervenisse in senso abrogativo, l'art. 42, II comma, si limitava a prevedere che nel caso in cui lo scopo avesse cessato di esistere o non fosse stato più perseguibile, il trustee avrebbe impiegato i beni per quel diverso scopo che il giudice avrebbe individuato come rientrante nelle intenzioni del disponente.

gislativa ai trust *non-charitable* della c.d. teoria del *cy-près*, che caratterizza, nel modello inglese ma anche nelle giurisdizioni *off-shore*, la destinazione dei beni di un trust di scopo *charitable* allorché la finalità medesima non possa essere perseguita.

In diritto inglese, in particolare, la teoria viene applicata ogni qual volta vi sia incertezza (immediata o successivamente maturata) circa lo scopo *charitable* che il disponente intendesse perseguire (posto che in ogni caso trust di scopo *non-charitable* sono nulli *ex lege*), e, pertanto, in applicazione di questa dottrina il giudice individua lo scopo più vicino possibile a quello indicato e provvede a modificare di conseguenza l'atto istitutivo. Nel modello internazionale le regole evolutesi in Inghilterra, particolarmente complesse, hanno invece richiesto una sorta di razionalizzazione, compiuta per primo dal legislatore di Turks and Caicos, al quale si sono ispirati anche altri legislatori *off-shore*(43). Cayman Islands, in particolare, ha attribuito importanti ed estesi poteri decisionali al trustee per il caso in cui il giudice ritenga di non poter destinare i beni in trust a scopi analoghi a quelli per i quali il trust era stato istituito: il trustee, ai sensi della *sect. 104* della *Trusts Law 2001 Rev.*, infatti, "[...] shall dispose of the property as though the trust or the relevant part of it [...]".

La prassi legislativa introdotta da Turks and Caicos vede innanzi tutto l'elencazione delle situazioni al verificarsi delle quali il giudice possa procedere alla modifica della destinazione dei beni: elencazioni simili si rinvencono in alcune leggi successive(44), ma non in tutte(45); per quanto riguarda in particolare Jersey, la legge riprende completamente la regolamentazione data alla dottrina del *cy-près* dal Belize(46).

In base al neo art. 47A di Jersey, l'intervento del giudice può quindi avvenire quando:

- lo scopo, per quanto ragionevolmente possibile, sia stato perseguito, abbia cessato di esistere o non possa più essere conseguito;
- lo scopo non possa essere raggiunto a causa delle indicazioni date in merito dal disponente o a causa delle motivazioni sottostanti alla destinazione;
- i beni siano eccedenti rispetto allo scopo;
- i beni in trust e altri beni utilizzabili per una finalità simile possano essere più efficacemente impiegati congiuntamente, avuto riguardo all'intenzione del disponente;
- sempre tenendo conto le motivazioni della destinazione, lo scopo non ricada più nella sfera di interesse indicata dal disponente, oppure riguardi sog-

getti o tematiche che con il decorso del tempo ne esulino;

- lo scopo sia stato raggiunto diversamente;
- qualora si tratti di un *charitable trust*, lo scopo abbia cessato di essere "caritatevole"; e, infine,
- se il ricorso ad un trust di scopo abbia cessato di essere lo strumento migliore per perseguire la finalità del disponente.

Il III comma dell'articolo si spinge oltre, consentendo che il giudice (sempre su ricorso del trustee o dell'Attorney General) possa approvare qualsiasi variazione al trust che ne comporti modifica o revoca degli scopi, oppure ampliamento o cambiamento dei poteri di amministrazione e di gestione attribuiti al trustee, sempre che:

- tali interventi siano idonei, vantaggiosi e corrispondenti alle intenzioni del disponente; e che
- ogni soggetto che possa vantare un *material interest* nei confronti del trust sia stato preventivamente ascoltato dal giudice (IV comma).

La più immediata conseguenza di questa disposizione è che nel caso di trust *non-charitable*, il verificarsi di uno dei casi contemplati dal II comma dell'articolo non determina più il ritorno dei beni segregati al disponente, né, conseguentemente, si verificano le negative conseguenze fiscali che caratterizzavano in precedenza tale eventualità(47).

Note:

(43) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], p. 215 s. e p. 362.

(44) Si v., ad esempio, *British Virgin Islands, Trustee Act 1961* (as amend. 2003) *sect. 106*.

(45) Più sintetiche sono altre leggi. La *sect. 8* del *Purpose Act 2004* di Bahamas, ad esempio, dopo aver enunciato che la dottrina del *cy-près* trova applicazione quando lo scopo sia divenuto impossibile, irraggiungibile, illecito, contrario a norme di ordine pubblico o obsoleto, stabilisce che qualora il giudice ritenga di non poter destinare altrimenti i beni debba dichiarare il termine del trust e disporre circa la loro destinazione finale secondo come ritenga opportuno e salva diversa indicazione dell'atto istitutivo del trust. Il *Trusts (Special Provisions) Act 1989* (as amend. 1998) di Bermuda, invece, si limita a prevedere che la corte possa, su istanza di una serie di soggetti indicati, approvare la modifica di uno o più scopi di un trust, ovvero di estensione o variazione di uno o più poteri del trustee di un trust di scopo. Ancora, la *sect. 16(2)* del *Trusts and Trustees Act 2004* di Malta, prevede: "Where an interest or property is held by a trustee for a charitable purpose which has ceased to exist or is no longer applicable, that interest or property shall be held for such charitable purposes as the court may declare to be consistent with the original intention of the settlor, or as the court may otherwise determine".

(46) Belize, *Trusts Act 2000, sect. 45*.

(47) J. Winfield, *Trends and Developments, Jersey, Trusts & Trustees*, vol. 12, is. 7, 2006, 6.

## § 6. Breve *excursus* delle ulteriori modifiche apportate dalla riforma del 2006.

Le più importanti riforme attuate con la legge del 2006 attengono quindi alla validità del trust, ai pregnanti poteri di controllo e di amministrazione che il disponente può riservarsi, così facendo venir meno molti di quegli ostacoli che sconsigliavano la sottoposizione di un trust alla legge di Jersey, alla durata, che oggi può non avere limite alcuno, e ai trust di scopo.

La riforma, peraltro, è intervenuta in molti altri punti della legge con disposizioni chiarificatorie, semplificatorie<sup>(48)</sup> o che comunque hanno superato precedenti lacune, adeguando una normativa, ormai per alcuni aspetti sorpassata, alle nuove esigenze mostrate dal mercato dei trust nell'ambito del modello internazionale, peraltro così soddisfacendo anche esigenze di maggiore sistematicità e organicità.

La riforma ha in questo modo coinvolto la possibilità di disposizione da parte dei beneficiari della propria posizione beneficiaria, il numero minimo dei trustee, la nomina di trustee nuovi o aggiuntivi, le dimissioni del trustee, il potere di delega, e la responsabilità del trustee nei rapporti con i terzi.

Di rilievo prettamente sistematico, ma senza che alcuna sostanziale innovazione sia stata introdotta nella legge, sono l'abrogazione di due commi dell'art. 35 in materia di *spendthrift* e di *protective trust*, e la riformulazione dell'art. 37 in tema di modifica delle disposizioni di un atto istitutivo di trust.

### § 6.1. Gli atti di disposizione della posizione beneficiaria.

Per quanto attiene alle posizioni beneficiarie, il testo della legge di Jersey consolidato al 2004 prevedeva, all'art. 10, che il beneficiario, per iscritto, potesse rinunciare alla propria posizione. La legge, peraltro, disciplinava in modo diverso la rinuncia a seconda che essa avesse ad oggetto l'intero *interest* o solo una sua parte: la rinuncia all'intero *interest*, infatti, era possibile indipendentemente dal contenuto dell'atto istitutivo, condizionata all'aver preventivamente accettato benefici, e comunque irrevocabile<sup>(49)</sup>; mentre l'eventuale rinuncia parziale era condizionata alle previsioni in materia contenute nell'atto istitutivo del trust, poteva essere compiuta indipendentemente dal fatto che il beneficiario avesse già tratto benefici dalla propria posizione e, infine,

poteva, nei termini dell'atto di rinuncia, essere revocata.

La novella ha abrogato i commi dell'art. 10 in cui queste regole erano inserite introducendo un nuovo art. 10A con il quale la disciplina è stata non soltanto riorganizzata, ma anche variata nella misura in cui il diritto del beneficiario di rinunciare alla propria posizione è garantito indipendentemente da quando previsto dall'atto istitutivo del trust e a prescindere, tanto nel caso di rinuncia totale quanto di rinuncia parziale, dal fatto che egli abbia già goduto delle utilità derivanti dal trust medesimo.

### § 6.2. Le modifiche che interessano la figura del trustee.

Il precedente art. 16 stabiliva, salvo diversa indicazione dell'atto istitutivo, in due il numero minimo di trustee di un trust, a meno che in origine non ne fosse stato nominato uno solo: tale numero minimo è stato ridotto all'unità dalla riforma. Invariato è invece il principio per il quale il venir meno del numero di trustee previsto dalla legge o dal trust non pregiudica la prosecuzione del trust stesso. Altra novità, legata alla figura del trustee, è quella dell'abrogazione dell'art. 20 e della confluenza del suo contenuto nel nuovo art. 16, che attualmente prevede quindi che qualora il numero dei trustee scenda al di sotto del numero minimo (*ex lege* o *ex atto* istitutivo), è necessario procedere non appena possibile alla nomina del trustee o dei trustee mancanti, nonché, che nelle more di tale nomina il trustee in carica possa agire solo ed esclusivamente per la conservazione dei beni del fondo.

Sempre con riferimento alla figura del trustee, il legislatore è intervenuto anche sulla nomina di un trustee nuovo o aggiuntivo, precisando, rispetto al testo precedente, che essa sia compiuta dai trustee in carica, oppure dall'ultimo dei trustee rimasto in carica, oppure dal liquidatore o dall'esecutore testamentario dell'ultimo dei trustee rimasto in carica, quando: l'atto istitutivo del trust non disciplini la nomina di trustee nuovi o aggiuntivi, o, nel caso in cui sia previsto un tale procedimento questo non abbia por-

#### Note:

(48) J. Winfield, Trends and Developments, Jersey [*supra*, nota 47], a p. 6.

(49) *Amplius*, P. Matthews – T. Sowden, The Jersey Law of Trusts [*supra*, nota 24], pp. 90-92.

tato a alcun risultato utile o si sia dimostrato inefficace, oppure, infine, quando il soggetto che ha il potere di nomina non sia in grado di esercitarlo, e, in ogni caso, non sia previsto alcun altro potere di nomina (art. 17(1) e (1A)).

Un'ulteriore riforma riguarda le dimissioni del trustee. Nel modello internazionale, così come a Jersey, le dimissioni del trustee rassegnate al fine di consentire o facilitare la violazione dei doveri fiduciari (*breach of trust*), o a seguito delle quali il numero di trustee del trust scenda al di sotto del numero minimo previsto per legge o dall'atto istitutivo, non producono effetti. L'inefficacia di questo genere di dimissioni si comprende, da un lato, nell'ottica della responsabilità e delle funzioni fiduciarie che caratterizzano l'attività del trustee: chi riveste tale ufficio non può agire in conflitto di interessi con il trust o con i beneficiari, né può venir meno ai propri doveri, e ciò non soltanto non commettendo in prima persona *breach of trust*, ma anche ostacolando altri componenti l'ufficio che realizzino condotte (attive o omissive) in violazione dei propri doveri fiduciari. Il trustee che, dunque, avendo rassegnato le proprie dimissioni consenta, direttamente o indirettamente, che altri commetta *breach of trust*, sarà responsabile, al pari di colui che ha agito, come se non si fosse mai dimesso. Dall'altro lato, il venir meno del numero minimo di trustee impedisce l'amministrazione del trust e, quindi, il perseguimento delle finalità per le quali esso era stato istituito; d'altronde, se la temporanea mancanza del trustee non è causa di cessazione del trust, è anche vero che un trust senza trustee non può esistere.

Il legislatore, nel 2006, ha risistemato la materia abrogando quella parte dell'art. 19 in cui era dichiarata l'inefficacia delle dimissioni rassegnate allo scopo di facilitare la commissione di *breach of trust* e inserendo al contempo un nuovo comma, del medesimo contenuto, nell'art. 30 (3A) – articolo nel quale sono contenute le norme generali sulla responsabilità del trustee per la violazione del trust –.

Completamente diversa risulta oggi la norma in tema di delegabilità da parte del trustee dell'esercizio dei suoi poteri: il previgente art. 25, I comma, infatti, stabiliva il principio per il quale, salvo diversa indicazione della legge medesima o dell'atto istitutivo, il trustee non potesse in alcun modo delegare il compimento dei propri poteri<sup>(50)</sup>. L'attuale comma, invece, introduce il principio contrario: salvo diversa indicazione dell'atto istitutivo, il trustee può delega-

re l'esercizio di poteri e compiti propri, tanto di gestione quanto di disposizione dei beni in trust, ed il delegato può, a sua volta, ulteriormente concedere deleghe. Quale conseguenza di questo cambiamento, è altresì previsto che il trustee non incorra in alcuna responsabilità per la delega concessa se ha agito in buona fede e senza negligenza (III comma).

Anche con questa riformulazione Jersey si pone nel solco delle più recenti leggi del modello internazionale, sebbene in alcune di esse sia indicato un diverso criterio di esenzione da responsabilità per il trustee delegante<sup>(51)</sup>.

La riforma è intervenuta anche sulla responsabilità del trustee nei confronti dei terzi con i quali abbia contrattato nell'interesse del trust: invariato il principio per il quale se il trustee ha manifestato, nel corso della transazione, la sua qualità, qualunque pretesa del terzo dovrà essere avanzata nei confronti del fondo in trust; è stata modificata la disciplina per il caso in cui il trustee non abbia palesato la sua funzione o di questa il terzo non abbia comunque avuto altrimenti consapevolezza. Tale modifica attiene esclusivamente all'impiego di un verbo, "may", in luogo dell'altro verbo precedentemente impiegato: "shall". L'art. 32, infatti, prevedeva che in questo caso il trustee fosse direttamente e personalmente responsabile nei confronti del terzo, salvo comunque un diritto di rivalsa sui beni in trust; l'attuale art. 32, invece, stabilisce che qualunque pretesa del terzo può essere avanzata anche contro il trustee personalmente (che mantiene comunque il diritto di rivalsa), senza con ciò escludersi l'eventualità che il terzo aggravesca direttamente il fondo in trust.

Note:

(50) P. Matthews – T. Sowden, *The Jersey Law of Trusts* [supra, nota 24], p. 121 s.

(51) La *sect.* 34(3) del *Trusts Act 2000* del Belize, infatti, esonera da responsabilità il trustee a condizione che abbia adottato la diligenza di un ragionevole e prudente uomo d'affari nella selezione del delegato e nella supervisione dell'attività che questi compia.

Saggi

# Rilevanza del trust nell'ambito di un procedimento di separazione coniugale quale risorsa finanziaria nella disponibilità di un coniuge

di Chiara Ferrari

**SOMMARIO:** § 1. Inquadramento. – § 1.1. L'antefatto. – § 2. Tipologia di trust. – § 3. Il trust quale risorsa rilevante ai fini della divisione del patrimonio familiare. – § 4. Atteggiamento dei giudici inglesi nei procedimenti di separazione coniugale in presenza di trust. – § 5. Accenno alle questioni di natura processuale.

## § 1. Inquadramento.

Nell'ambito del procedimento di separazione fra i coniugi Charman, il 20 dicembre 2005 la Corte d'Appello inglese in *Charman v Charman*(1) si pronuncia in merito al ricorso presentato dal Sig. Charman contro due ordini emessi dal giudice inglese, su istanza della moglie, volti ad ottenere informazioni e documenti relativi ad un trust *off-shore* istituito dall'appellante, al fine di accertare l'esatta consistenza del patrimonio del Sig. Charman.

### § 1.1. L'antefatto.

Il Sig. Charman, dopo essersi sposato nel 1976, accumulò un notevole patrimonio; nel 2003 spostò la sua residenza a Bermuda separandosi dalla moglie. Quest'ultima l'anno seguente chiese il divorzio.

Oggetto dell'azione legale intentata dalla Sig.ra Charman è la definizione della consistenza del patrimonio familiare che, a suo avviso, ammonta a 126 milioni di sterline, mentre il marito stima in 59 milioni di sterline i beni rilevanti ("the relevant asset") ai fini della divisione. La differenza di 67 milioni di sterline è costituita dai beni di un trust, il Dragon Holding Trust, istituito dal Sig. Charman nel 1987.

Il Sig. Charman contesta che tali beni, essendo segregati in un trust "dinastico" a beneficio dei suoi due figli, ora adulti, e degli eventuali discendenti futuri, siano presi in considerazione ai fini della procedura di divisione patrimoniale. La Sig.ra Charman, al contrario, ritiene che nel patrimonio del marito rien-

tri l'intero fondo in trust, poiché il Sig. Charman, nelle sue qualità di disponente e di beneficiario principale del trust, avrebbe sia influenzato l'attività del trustee, che avuto accesso diretto ai beni in trust.

La Sig.ra Charman, per supportare la sua tesi, chiede l'acquisizione di ulteriori prove che dimostrino l'influenza esercitata dal Sig. Charman sul trustee.

I due ordini, oggetto di appello da parte del Sig. Charman, sono entrambi finalizzati a chiarire l'entità dei rapporti esistenti tra disponente e trustee: uno dei due ordini contiene una *letter of request* indirizzata al giudice di Bermuda affinché questi sottoponga ad esame orale il direttore della Codan Trust Company Ltd., che agisce quale unico trustee del Dragon Trust, e gli imponga di consegnare i documenti rilevanti del trust; l'altro è invece rivolto al commercialista del Sig. Charman, perché compaia in giudizio e fornisca ulteriori documenti relativi al trust.

Il Sig. Charman propone appello contro gli ordini emessi, eccependo che essi costituiscono una *fishy expedition*, ossia un'indagine illegittima, in quanto finalizzata non ad ottenere ulteriori elementi di prova ma a reperire maggiori informazioni sulla controparte attraverso cui formulare nuove domande in giudizio; in secondo luogo, perché avente ad oggetto documenti di cui la controparte non può provare l'esistenza.

La Corte d'Appello rigetta il ricorso del Sig. Charman ed afferma la legittimità dei due ordini in quanto ritiene che essi possano contribuire alla soluzione della questione, vale a dire la qualificazione o meno del trust quale risorsa rilevante ai fini della separazione coniugale, questione che, considerata l'entità del patrimonio coinvolto, ha notevoli ripercus-

#### Note:

Chiara Ferrari è dottoranda di ricerca nell'Università degli Studi di Siena.

(1) *Charman v Charman* [2006] 2 FLR 422; in questa Rivista, 2007, 61.

sioni sulla decisione finale rispetto alla quota di beni spettante alla Sig.ra Charman.

La sentenza in esame risulta di particolare interesse per il diritto dei trust sotto un duplice profilo: sia per ciò che attiene alla “questione principale” del procedimento, ossia la qualificazione o meno del trust quale risorsa rientrante nel patrimonio familiare, sia per gli aspetti più strettamente processuali, poiché nella pronuncia vengono chiariti i criteri che disciplinano la cosiddetta *disclosure* mediante *letter of request* e mediante ordine di comparizione in giudizio, riproponendo il tema della rivelazione delle informazioni riservate del trust da parte dei trustee.

## § 2. Tipologia di trust.

Per fornire un quadro di riferimento rispetto al pronunciamento della Corte è utile ripercorrere l'evoluzione del trust oggetto della causa.

Il Dragon Holding Trust, o Dragon, fu istituito nella forma di trust discrezionale dal Sig. Charman nel 1987 secondo la legge di Jersey e in esso furono conferiti esclusivamente beni appartenenti al patrimonio personale dello stesso. Beneficiari del trust erano nominati il disponente, la moglie, i loro due figli, i futuri eredi del primo, gli enti di beneficenza e gli eventuali altri soggetti che il trustee avesse voluto aggiungere. Al trustee era attribuito il potere di distribuire (*power of advancement*) a qualsiasi beneficiario sia il capitale che il reddito prodotto dal trust. Al momento della creazione del trust il Sig. Charman scrisse una lettera di desideri rivolta al trustee nella quale indicò che l'intento da lui perseguito con l'istituzione del trust era quello di proteggere e conservare determinati beni per il beneficio suo e della sua famiglia e che durante la sua vita desiderava essere consultato dal trustee prima che egli prendesse qualsiasi decisione relativa agli investimenti e all'amministrazione del trust (in caso di sua premorienza il trustee avrebbe dovuto consultare la moglie). Il disponente inoltre dichiarò di voler avere pieno accesso al capitale e al reddito del trust, inclusa la possibilità di investire l'intero fondo del trust in eventuali attività da lui stesso intraprese.

Tra il 1992 e il 2003, il trustee di Jersey qualificò il Dragon Trust come un *interest in possession trust* a favore del Sig. Charman in quanto il reddito del trust veniva distribuito annualmente al disponente o depositato dal trustee in un conto separato per essere distribuito allo stesso in momenti successivi.

Al riguardo il Sig. Charman precisò, nel corso del dibattito, che nel 1997 non riscosse alcun reddito prodotto dal trust e che, a partire da tale data, né chiese né percepì dal trustee alcuna distribuzione di proventi.

Nel 2003, in concomitanza con lo spostamento della sua residenza a Bermuda, il disponente trasferì in tale sede il trust ed esercitò il potere di cambiare il trustee, nominando una *trust company* locale; quest'ultima ribadì la qualificazione del trust effettuata dal trustee precedente quale *interest in possession trust*. In una nuova lettera di desideri indirizzata al trustee di Bermuda, il Sig. Charman chiese di essere considerato quale beneficiario principale del trust (e, dopo la sua morte, che tali fossero considerati i suoi figli e i loro dicendenti), fatto salvo l'obbligo del trustee di tenere in debita considerazione anche gli interessi degli altri familiari beneficiari immediati del trust. Infine, nel giugno 2004 il Sig. Charman inviò delle istruzioni scritte al trustee specificando la volontà che il reddito del trust fino ad allora accumulato ed il reddito futuro venissero reinvestiti nel trust stesso.

Durante il procedimento l'argomentazione avanzata dal Sig. Charman, a sostegno dell'esclusione dei beni in trust dal suo patrimonio, era incentrata sulla qualificazione del Dragon Trust quale trust “dinastico” a favore dei suoi due figli e delle generazioni future, anche se dalle lettere di desideri del disponente non sembra potersi desumere alcuna pianificazione in tal senso.

Attraverso i passaggi salienti nell'evoluzione del Dragon Trust si possono individuare gli aspetti caratteristici dello stesso: l'esistenza del trust appare scandita dal susseguirsi di numerose lettere di desideri del disponente per mezzo delle quali egli ha costantemente esplicitato al trustee le sue esigenze circa l'amministrazione del trust; il cambiamento più significativo intercorso nella storia del trust è da individuarsi nella volontà, manifestata dal disponente nella sua ultima lettera di desideri, di essere considerato il beneficiario principale dello stesso. Infine, nonostante la qualificazione del trust fatta dai trustee e le modifiche apportate allo stesso dal disponente, il trust sembra aver mantenuto la sua struttura originaria di trust discrezionale attributivo del *power of advancement* in capo al trustee.

## § 3. Il trust quale risorsa rilevante ai fini della divisione del patrimonio familiare.

Da tale breve ricostruzione dei fatti di causa emer-

**S a g g i**

ge chiaramente la questione centrale del procedimento principale, in relazione alla quale si scontrano le posizioni delle due parti: il Giudice deve stabilire se i beni del Dragon Trust possano essere considerati una risorsa finanziaria a disposizione del disponente, ai sensi della Section 25(2) del Matrimonial Causes Act 1973(2).

In relazione a ciò va effettuata una distinzione, a seconda che si consideri il reddito o il capitale del trust.

Rispetto al reddito, sembra sussistere l'effettiva facoltà di accedervi da parte del disponente in qualsiasi momento e, al riguardo, nemmeno gli avvocati del Sig. Charman sono riusciti a fornire validi elementi per confutare tale conclusione. Infatti, pur in assenza di distribuzioni dei redditi al Sig. Charman dopo il 1997, risultano determinanti le indicazioni periodicamente fornite dal disponente al trustee circa l'amministrazione del reddito del trust e la qualificazione dello stesso come *interest in possession trust*.

Peraltro, la disponibilità del reddito del trust da parte del Sig. Charman viene valutata dal Giudice una questione secondaria ed accessoria, rispetto al nodo centrale della controversia, in quanto tale aspetto rilevarebbe unicamente se si dimostrasse l'assenza di una qualsiasi forma di controllo sul capitale del trust da parte del Sig. Charman.

Pertanto è sul capitale del trust che il Giudice deve focalizzare la sua analisi.

Trattandosi di un trust discrezionale, che riconosce in capo al trustee il *power of advancement* del capitale del trust a favore dei beneficiari, a parere del Giudice la questione va riformulata valutando se il trustee, qualora il Sig. Charman chiedesse di esercitare a suo favore il potere di avere anticipata una parte o l'intero capitale del trust, accoglierebbe la sua richiesta. Ciò che rileva quindi è se il coniuge abbia accesso ai beni in trust mediante semplice richiesta di anticipazione del capitale piuttosto che, come affermato in altri casi precedenti, se il coniuge abbia mantenuto l'effettivo controllo del trust (con l'eventuale ulteriore conseguenza che il trust venga dichiarato *sham*)(3). Questa seconda ipotesi, secondo il Giudice, risulta troppo restrittiva: nei casi come quello in esame dove non esistono concreti elementi che facciano dubitare della genuinità del trust e del corretto adempimento dei propri doveri da parte dei trustee, l'eventuale anticipazione di capitale effettuata dal trustee in piena autonomia e valutando tutte le circostanze del caso, ancorché a seguito di richiesta

del disponente, non potrebbe essere considerata quale risorsa rilevante ai fini della suddivisione del patrimonio fra i coniugi. In altri termini, il Giudice, in sede di divorzio, non può trascurare di valutare se i trustee, pur avendo il controllo del trust ed agendo in modo indipendente, consentano al disponente o agli altri beneficiari di avere accesso al reddito o al capitale del trust.

La Corte inglese adotta dunque un'interpretazione ampia del concetto di "risorsa finanziaria" a disposizione di un coniuge e vi include anche quei beni non direttamente presenti nel patrimonio di un soggetto, bensì solo potenzialmente nella sua disponibilità. Qualora si tratti di beni segregati in un trust attributivo del *power of advancement* in capo al trustee, il giudice valuterà la probabilità di tali anticipazioni, facendo riferimento a quanto avvenuto in passato.

Nel formulare la questione in questi termini la Corte d'Appello si richiama espressamente a quanto enunciato dal giudice Butler-Sloss nel caso *Browne v Browne*(4). In questo caso la Sig.ra Browne era beneficiaria di due trust discrezionali istituiti *off-shore*, uno a Jersey e l'altro in Liechtenstein, di ammontare complessivo pari circa a 600.000 sterline. Il Giudice, nel determinare l'esatta entità del patrimonio da suddividere tra i coniugi, ritenne di non poter trascurare, solo sulla base della loro segregazione in trust, gli ingenti capitali esteri potenzialmente usufruibili dalla moglie. Per stabilire se i beni in trust potessero valere

**Note:**

(2) Secondo la *sect. 25* del Matrimonial Causes Act 1973, il giudice, nel decidere la divisione del patrimonio familiare nei procedimenti di separazione coniugale, è tenuto a prendere in considerazione tutte le circostanze del caso, prima fra tutte la salute e il benessere di eventuali figli minorenni (*sect. 25(1)*). La norma indica poi ulteriori elementi, di natura non obbligatoria, a cui il giudice deve far riferimento, fra cui il reddito, la capacità di guadagno, i beni e le "altre risorse finanziarie" ("other financial resources") nella disponibilità di ciascun coniuge immediatamente o che è probabile lo saranno in un futuro prossimo (ma anche i bisogni economici di ciascun coniuge, lo stile di vita della famiglia prima del matrimonio, la durata dello stesso, il contributo di ciascun coniuge al patrimonio familiare, etc.) (*sect. 25(2)*).

(3) In questo caso, tuttavia, la questione si pone in termini diversi, o, meglio, non si pone affatto in quanto i beni in trust, non essendo mai usciti dal patrimonio del disponente, appartengono direttamente a quest'ultimo e pertanto rientrano chiaramente nel concetto di "financial resources" ai sensi della *sect. 25(2)* del Matrimonial Causes Act 1973. Un caso di *trust sham*, "fittizio", si ha in *Minwalla v Minwalla* [2004] EWHC 2823; in questa Rivista, 2006, 263: il marito istituì un *trust off-shore* al solo scopo di creare uno schermo dietro cui occultare parte del suo consistente patrimonio, al fine di impedire ogni possibile indagine da parte del giudice nel corso del procedimento di separazione coniugale.

(4) *Browne v Browne* [1989] 1 FLR 291.



quali “financial resources” a disposizione del coniuge, sentenziò come la questione rilevante fosse non tanto se la moglie aveva mantenuto un effettivo controllo sugli stessi quanto se aveva immediato accesso ai beni in trust, considerato il trattamento riservatole dai trustee in precedenza. Poiché durante il matrimonio ogni richiesta della signora per far fronte alle più svariate spese familiari fu sempre eseguita dai trustee, il Giudice ritenne che i beni in trust erano da considerarsi nella sua disponibilità. Il Giudice emise pertanto un ordine a carico della Sig.ra Browne per il pagamento di una somma a favore del coniuge, facendo affidamento sulle risorse del trust che i trustee le avrebbero anticipato per permetterle di ottemperarvi.

Le corti inglesi si spingono oltre fino a ritenere ammissibile un’ordinanza di pagamento a carico di un coniuge tale da sollecitare i trustee a fornire allo stesso i mezzi necessari per adempiere alla decisione giudiziale, senza che ciò costituisca violazione della discrezionalità propria dei trustee o indebita pressione sugli stessi in favore della distribuzione dei beni in trust (a patto che una decisione in tal senso da parte dei trustee non risulti pesantemente pregiudizievole per gli interessi del trust stesso o di altri beneficiari).

Di ciò si ha conferma anche in un altro caso successivo, *Thomas v Thomas*(5), nel quale il Giudice, decidendo della separazione coniugale dei coniugi Thomas, dovette affrontare il problema della mancanza di liquidità nel patrimonio del marito, che risultava però essere titolare di risorse consistenti (costituite dalle partecipazioni nell’impresa di famiglia, le cui rendite non venivano distribuite ma reinvestite nella società). Nella sentenza si affermò che il giudice, in sede di divisione dei beni tra i coniugi, non è obbligato a limitarsi alle risorse di reddito o di capitale dimostrate come effettivamente sussistenti nel patrimonio delle parti, ma può altresì prendere in considerazione potenziali ulteriori risorse, come i beni segregati in un trust di cui una parte sia beneficiaria.

Pertanto le corti inglesi, qualora un coniuge sia beneficiario di un trust discrezionale, non titolare quindi di alcun *equitable interest*, ossia privo di alcun diritto nei confronti dei beni in trust fintantoché il trustee non abbia esercitato la sua discrezionalità, ritengono di poter considerare quale risorsa finanziaria, nel senso della *sect. 25(2)* del *Matrimonial Causes Act 1973*, la ragionevole aspettativa di veder attribuite in capo allo stesso coniuge le risorse patrimoniali del trust.

Nel caso in esame la Corte d’Appello non si pronuncia in merito alla rilevanza o meno del Dragon Trust all’interno del patrimonio del Sig. Charman, essendo stata investita solamente delle questioni processuali relative alla richiesta di informazioni sul trust. Si limita a ribadire che per la soluzione del caso di merito sono necessarie quelle ulteriori informazioni già richieste dal Giudice di primo grado, in quanto, dimostrando la fattispecie delle consultazioni tra trustee e disponente o altri soggetti legati a quest’ultimo, dovrebbero consentire di stabilire la propensione del trustee ad accogliere le richieste del Sig. Charman(6).

#### § 4. Atteggiamento dei giudici inglesi nei procedimenti di separazione coniugale in presenza di trust.

Specie in materia di questioni patrimoniali e di suddivisione dei beni tra i coniugi nell’ambito dei procedimenti di separazione coniugale (c.d. *ancillary relief*)(7) i giudici inglesi della Family Division dimostrano un atteggiamento alquanto deciso ed “invasivo” nei confronti dei trust, locali e *off-shore*, in cui risultino segregate quote consistenti del patrimonio familiare. Il giudice infatti può compiere ampie ricerche al fine di determinare l’esatta consistenza del patrimonio da dividere; egli è tenuto, ai sensi della *sect. 25* del *Matrimonial Causes Act 1973*, a prendere in considerazione tutte le circostanze del caso, tra cui

#### Note:

(5) *Thomas v Thomas* [1995] 2 FLR 668.

(6) La decisione finale del caso *Charman* è stata formulata dalla High Court of Justice, Family Division, il 27 luglio 2006, *Charman v Charman* [2006] EWHC 1879 (Fam). In quella sede il Giudice Coleridge ha stabilito che i beni del Dragon Trust dovessero essere considerati parte del patrimonio del Sig. Charman e conseguentemente dovessero essere inclusi nel computo complessivo delle risorse rilevanti ai fini della separazione coniugale, sulla base di due considerazioni: in primo luogo, ha ritenuto non convincente l’argomento avanzato dal Sig. Charman circa la natura di *dynastic trust* del Dragon Trust, stante la completa assenza anche nelle numerose lettere di desiderio inviate ai trustee di un qualsiasi disegno in tal senso; e, in secondo luogo, ha considerato i beni in trust (sia il reddito che il capitale) come beni “accessibili” al Sig. Charman mediante semplice richiesta ai trustee (pur non essendo formalmente di sua proprietà).

(7) Sull’atteggiamento e i poteri delle corti inglesi nei confronti non solo dei trust, ma anche dei cosiddetti *nuptial settlements*, nell’ambito dei procedimenti di separazione coniugale, si vedano C. Butler – A. Meek – C. Gothard, *Protecting family wealth from divorce: Part II, Trusts & Trustees*, 2006, vol. 12, n. 6, 13 e P. Matthews, *The impact on onshore and offshore trusts of English matrimonial litigation*, *Jersey Law Review*, 2006, vol. 10, n. 1, 27.

## Saggi

anche le risorse finanziarie che le parti hanno a disposizione o che è probabile avranno nella loro disponibilità in futuro, senza tener conto della formale intestazione dei beni in capo all'uno o all'altro coniuge. Come affermato dal giudice Thorpe nel caso *Parra v Parra*(8), citato anche dalla Corte d'Appello nella sentenza di cui trattasi, il giudice nei procedimenti di separazione coniugale è dotato di un ruolo "quasi-inquisitorio" che lo legittima ad investigare anche su questioni non sollevate dalle parti ma che a suo avviso sono rilevanti per la decisione finale.

La struttura del trust, anche discrezionale, appare dunque assai fragile di fronte a tale potere inquisitorio del giudice della Family Division. Molto, comunque, dipende da come il trust è stato strutturato: certe caratteristiche potranno insospettire maggiormente il giudice e renderlo più critico nei confronti di tale strumento, come ad esempio l'esistenza di numerosi *reserved powers* in capo al disponente o il fatto che il disponente sia l'unico beneficiario del trust e sia anche dotato di ampi poteri.

Peraltro, un ulteriore elemento che i coniugi titolari di ingenti patrimoni devono prendere in considerazione al momento del divorzio è che, con la decisione del caso *White v White*(9) nel 2001, i giudici inglesi hanno modificato i criteri utilizzati nella suddivisione del patrimonio familiare. Precedentemente, questa veniva effettuata secondo quanto risultava "ragionevolmente necessario" ("reasonably required") per soddisfare le necessità economiche dell'altro coniuge; dopo il caso *White* invece il giudice deve attenersi al criterio dell'equa divisione dei beni, con la possibilità di derogarvi solo per giustificati motivi(10).

### § 5. Accenno alle questioni di natura processuale.

Meritano infine un accenno le questioni di natura più strettamente processuale, alle quali la pronuncia in esame dedica ampio spazio(11).

Il Sig. Charman, nei confronti delle richieste di documentazione formulate dal Giudice di primo grado (una inoltrata all'estero mediante *letter of request*, l'altra rivolta ad un soggetto residente, il commercialista del Sig. Charman, attraverso un ordine di comparizione in giudizio) ha sollevato eccezioni di illegittimità perché: esse costituiscono una *fishing expedition*, sono finalizzate ad ottenere la produzione in giudizio di documenti la cui esistenza non può essere provata dalla controparte, non risultano necessarie per la de-

cisione del caso, non sono proporzionate rispetto all'entità del caso, risultano oppressive nei confronti dei soggetti (non parti in giudizio) a cui sono rivolte e sono, almeno in parte, eccessivamente ampie.

Nella seconda parte della pronuncia il Giudice si sofferma sui requisiti che devono essere rispettati dalle richieste di documenti rivolte a soggetti che non sono parti nel processo e nel merito respinge tutte le eccezioni proposte dall'appellante, ritenendo i due ordini perfettamente legittimi.

È di particolare interesse, soprattutto per quanto riguarda le *letters of request* inoltrate all'estero, la distinzione introdotta in sentenza tra procedimenti ordinari e procedimenti di separazione coniugale in merito alla condizione secondo cui le richieste di informazioni non possono essere generiche, ma debbono avere ad oggetto documenti specifici, singolarmente individuati e di cui si dimostri la probabile esistenza. Secondo la Corte d'Appello, tale requisito rappresenta un'eccessiva limitazione nei procedimenti di separazione coniugale, soprattutto se si considera la particolare posizione in cui normalmente si trova la moglie, la quale "molto raramente avrà le conoscenze necessarie per dimostrare l'esistenza di documenti che, se esistono, possono avere un ruolo cruciale in ordine all'accoglimento delle sue richieste patrimoniali"(12).

#### Note:

(8) *Parra v Parra* [2002] EWCA Civ 1886, [2003] 1 FLR 942, para [22] "The quasi-inquisitorial role of the judge in ancillary relief litigation obliges him to investigate issues which he considers relevant to outcome even if not advanced by either party", citato in *Charman v Charman* al paragrafo [49].

(9) *White v White* [2001] 1 AC 596, [2000] 2 FLR 981.

(10) In argomento, v. C. Butler – A. Meek – C. Gothard, *Protecting family wealth from divorce: Part I, Trusts & Trustees*, 2006, vol. 12, n. 4, 14 e soprattutto i recenti casi *Miller v Miller* [2005] EWCA Civ 984 e *McFarlane v McFarlane e Parlour v Parlour* [2004] EWCA Civ 872, nei quali ad entrambe le mogli è stato riconosciuto il diritto a partecipare, per un tempo limitato, ai futuri guadagni dei rispettivi mariti.

(11) Sul punto v. anche S. Rylatt – E. Baghurst, *Chasing the Bermudian dragon*, in questa Rivista, 2006, 545.

(12) "In my experience [...] the wife will very seldom have the knowledge with which to prove the existence of a document which, if it does exist, may have a crucial bearing on the outcome of her financial application", per Lord Wilson, *Charman v Charman*, paragrafo [47].

Una tale distinzione non è invece ammissibile in relazione all'altro requisito, in base al quale le richieste di documenti non devono costituire una *fishing expedition*, ossia un'indagine volta a reperire nuove prove sulla base delle quali formulare ulteriori accuse.

Nella pronuncia si specifica inoltre il criterio cui il giudice deve attenersi per verificare la legittimità della richiesta di prova orale: in questo caso (Segue)

Nell'opinione della Corte d'Appello entrambe le richieste di ulteriori informazioni e documenti relativi al Dragon Trust sono da ritenersi legittime in quanto possono contribuire alla decisione del procedimento principale, ossia alla determinazione di una suddivisione dei beni giusta ed equa.

Mediante la *letter of request* inviata al Giudice di Bermuda si intende ottenere dal trustee del Dragon Trust i documenti rilevanti del trust (il rendiconto del trust, l'atto istitutivo, le lettere di desideri del disponente e gli eventuali altri documenti) ed ulteriori informazioni circa il livello di comunicazioni tra trustee e disponente o altre persone legate a quest'ultimo.

Richiesta questa che si scontra con il generale obbligo di riservatezza, proprio dei trustee, circa l'esistenza e i documenti del trust. Secondo le corti inglesi nei casi di specie dovrebbe prevalere l'interesse della causa e conseguentemente tutte le informazioni rilevanti sul trust dovrebbero essere rivelate per facilitare il raggiungimento di una decisione corretta. Tuttavia i trustee sono, generalmente, tenuti a perseguire il miglior interesse del trust e dei beneficiari e di ciò devono tener conto nel decidere se rendere pubbliche o meno le informazioni sul trust.

In casi come questi conviene che i trustee si rivolgano al giudice per avere indicazioni su come

comportarsi, potendo in tal modo cautelarsi rispetto ad eventuali accuse di violazione dei propri doveri da parte dei beneficiari del trust.

Nel caso di specie, secondo la Corte d'Appello, il trustee di Bermuda dovrebbe ottemperare alla richiesta di informazioni, essendo ciò nell'interesse dei beneficiari del trust. Le informazioni richieste sono infatti rilevanti ai fini di una corretta divisione del patrimonio familiare tra i due coniugi, entrambi beneficiari del Dragon Trust<sup>(13)</sup>.

Note:

(Continua nota 12)

so, anziché applicare i criteri relativi al divieto di condurre *fishing expedition* (che riguardano propriamente le richieste di prove documentali), il giudice deve semplicemente chiedersi se la richiesta sia finalizzata ad ottenere elementi di prova da utilizzarsi nel procedimento e se sia ragionevole ritenere che il soggetto in questione sia in possesso di conoscenze rilevanti per le questioni processuali.

(13) L'esito finale delle *letters of request* dipende comunque dall'accoglimento o meno di esse da parte del giudice *off-shore* a cui sono inviate. Nel caso di cui trattasi però il Giudice di Bermuda ha rigettato la richiesta formulata dalla corte inglese ritenendo che avesse ad oggetto la produzione di documenti la cui esistenza era meramente presunta. Egli infatti non ha accolto la distinzione effettuata dalla Corte d'Appello inglese tra procedimenti ordinari e procedimenti di divorzio in relazione a tale requisito. *Charman v Charman*, Supreme Court of Bermuda (Bell J), 22 dicembre 2005.

## LIBRI

### Trust: opinioni a confronto

*Atti dei congressi dell'Associazione "Il trust in Italia"*

- Terzo congresso nazionale - Roma 2005
- I trust per la famiglia - Firenze 2005

a cura di Elisa Barla De Guglielmi

Il volume raccoglie gli **atti** del **congresso** triennale dell'Associazione "Il trust in Italia" e le **relazioni** presentate al congresso sui "Trust per la famiglia". Opinioni di studiosi, magistrati, professionisti, italiani o stranieri, che rendono quest'opera di interesse per chiunque desideri avere un **quadro esauriente e autorevole sulla materia**. Viene approfondita l'analisi della legislazione e della giurisprudenza straniera, del trattamento fiscale del trust e dei suoi profili applicativi, offerto un panorama completo della giurisprudenza italiana analizzata dai magistrati e dalla dottrina e

illustrate le applicazioni pratiche del trust per la famiglia, istituto in continua e costante evoluzione.

**I Edizione, pagg. 704**  
**IPSOA 2006 - € 39,00**

#### Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
[www.ipsoa.it/servizioclienti](http://www.ipsoa.it/servizioclienti)  
E-mail: [info.commerciali@ipsoa.it](mailto:info.commerciali@ipsoa.it)  
Tel. 02.82476794 - Fax 02.82476403
- **Agente Ipsoa di zona**  
[www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie)
- **[www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)**

# Sequestro conservativo richiesto da un creditore del disponente

Italia – Tribunale di Siena

## Trust – sequestro conservativo – segregazione

Tribunale di Siena, Cavoto, 16 gennaio 2007[A.]

*I beni vincolati in un trust non possono costituire oggetto di sequestro conservativo da parte dei creditori del disponente.*

### Testo dell'Ordinanza

Il Giudice, a scioglimento della riserva, rileva quanto segue:

L'eccezione di rito sollevata all'intimato è infondata. L'art. 1 lett. b del decreto leg.vo n. 5 del 17 gennaio 2003, si riferisce alle controversie aventi ad oggetto il trasferimento di partecipazioni sociali o altri negozi aventi ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti. La controversia de qua non verte in tema di trasferimento di quote sociali, bensì in tema di assoggettabilità o meno di quote sociali, già validamente trasferite (rectius

costituite in trust), a sequestro conservativo. Conseguentemente non si verte in materia di diritto societario. La domanda di sequestro delle quote societarie della società "... s.a.s." di proprietà di M.F., e da questo costituite in trust, in linea di diritto, non appare accoglibile per un duplice ordine di ragioni: anzitutto, in virtù dell'art. 46 dell'atto costitutivo del trust i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caduto per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo. Inoltre, deve considerarsi che il dedotto "periculum in mora" non può essere ricollegato alla circostanza dell'impugnazione del decreto ingiuntivo, emesso a carico del M.,

né al mutamento di residenza del medesimo o di qualche sua domiciliazione all'estero. Quanto al "fumus boni juris" va considerato che esso è pur sempre subordinato all'esperimento vittorioso di un'azione revocatoria, di per sé di non semplice e di spedita soluzione, con riguardo al compendio di valori mobiliari che il ricorrente ha chiesto di assoggettare al provvedimento cautelare invocato. Per tutte queste ragioni - nel loro complesso valutate - si reputa opportuno rigettare la domanda di sequestro conservativo così come prospettata.

### Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.  
Ritourneremo sui contenuti di questa ordinanza in un prossimo numero della Rivista.

# Quistclose trust e appropriazione di somme

Inghilterra e Galles – High Court

## “Quistclose trust” – interesse equitativo – beneficiario

Inghilterra e Galles, High Court, Chancery Division, M. Crystal Q.C., 17 febbraio 2005 [Re Margaretta Ltd; Freeman and another v Customs and Excise Commissioners and another]

*Consegnata una somma a un soggetto affinché la impieghi per una specifica finalità, egli ne diviene trustee e l'interesse equitativo rimane al disponente fino a quando la finalità sia comunicata a chi trarrebbe vantaggio dalla sua attuazione e questi diviene allora beneficiario del trust.*

### Sommario

La consegna di una somma di danaro a un soggetto affinché se ne serva per attuare una specifica finalità può o meno dare luogo a un trust, nonostante il silenzio fra le parti in proposito, quando ricorrono alcune caratteristiche. Questa generica affermazione è stata oggetto di due importanti pronunce della Camera dei Lord: la sentenza *Quistclose* nel 1970 e la sentenza *Twinsectra* nel 2002. La prima fu comunemente interpretata come creatrice di una nuova tipologia di trust, detta *Quistclose trust*, la seconda ne rivisitò i confini e prese posizione su alcuni temi di notevole interesse teorico.

La sentenza che ora pubblichiamo mostra una applicazione del *Quistclose trust* in circostanze giuridicamente complesse.

Margaretta è una società di Guernsey, proprietaria di un immobile sito in Londra. Nel 1995 Margaretta vende l'immobile, ma fra le parti non si raggiunge un accordo circa l'assoggettamento della vendita a Iva (“Value Added Tax” o VAT in inglese), il cui importo, se dovuto, sarebbe stato di 693.000 sterline (ben oltre un milione di euro). Le parti convengono che l'acquirente verserà tale somma agli avvocati del venditore affinché questi ultimi la custodiscano fino a quando la questione sia risolta; il versamento avviene come convenuto.

Poco dopo lo studio commercialistico Fox che assiste la venditrice società Margaretta prende contatto con il competente ufficio IVA allo scopo di concordare quanto dovuto e chiede al legale della società di rimmettergli intanto la somma in deposito. Previo accordo con il legale dell'acquirente, il legale della società trasmette la somma a Fox, precisando, come convenuto fra i legali, che la somma deve intendersi custodita da Fox all'ordine del legale della società venditrice.

Fermiamoci qui, prima di proseguire la narrazione del caso.

Un *Quistclose trust*, secondo la costruzione giuridica oggi prevalente, è un trust che può essere privo di beneficiari in senso tecnico. La somma che A consegna a B affinché sia impiegata per una certa finalità diviene per ciò solo oggetto di trust, ma la posizione equitativa spetta allo stesso A, non a coloro che traggano vantaggio dalla finalità (per esempio i creditori di A, qualora la finalità sia quella di estinguere i debiti di A). In prima approssimazione, quel che conta è che B sia un trustee e che, di conseguenza, la somma che egli abbia ricevuto non si confonda con il suo patrimonio. Secondo la concreta configurazione del rapporto, B, in quanto trustee, è titolare di un potere di impiego della somma o è soggetto alla obbligazione di impiego.

L'avvocato della società venditrice era, quindi, trustee dell'acquirente e la finalità consisteva nel corrispondere l'IVA, se e in quanto dovuta. Lo studio Fox, ricevuta la somma dall'avvocato con la clausola di tenerla al suo ordine, era un mandatario del trustee.

Sebbene un *Quistclose trust* possa nascere senza beneficiari, questi ultimi possono venire in esistenza in un secondo momento, per esempio quando il trustee dia loro conoscenza dell'esistenza del trust e questo legalmente compori una trasferimento, in loro favore, della posizione equitativa altrimenti ritenuta dal disponente. È precisamente ciò che accadde

nel caso in esame, quando l'Ufficio IVA fu posto a conoscenza che era stato creato un deposito per pagare l'imposta.

Torniamo ai fatti della causa. Lo studio Fox dissipa la somma trasmessagli dal legale della società e, su istanza della Amministrazione fiscale, viene posto in liquidazione. Il titolare dello studio versa alcune somme di tasca propria, ma si tratta di meno della metà di quanto aveva ricevuto in deposito.

Lo studio Fox in liquidazione ha due soli creditori: il Fisco e un creditore privato. I liquidatori della società, dopo avere sequestrato i beni del signor Fox, progressivamente ricevono da lui alcuni pagamenti, fino a giungere all'importo dovuto da Fox. La questione è: queste somme vanno ripartite fra i due creditori o spettano unicamente al Fisco?

Fox si era appropriato di somme in trust, sapendo perfettamente che erano in trust. Il fondo, a quel punto, non c'era più, in quanto dissipato da Fox e, in luogo del fondo, il trust aveva per oggetto i diritti ripristinatori verso Fox. I versamenti di Fox ai liquidatori della società costituiscono ripristino del fondo in trust e quindi non entrano nel patrimonio della società in liquidazione. I liquidatori, ricevendo somme in trust, divengono anche essi trustee, tenuti a porre fine al trust attuandone l'originaria finalità e cioè versando tali somme al Fisco. L'altro creditore di Fox rimane a bocca asciutta.

(M. L.)

### Testo della Sentenza

#### Introduction

1. This is an application for directions in the liquidation of Margaretta Limited

#### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2005] STC 610.

## Giurisprudenza

(the company). It raises a point of interest in relation to the law of trusts.

### Background

2. On 21 February 1995, the company sold Insignia House, 85/87 Mansell Street, London E1, for £ 3,960,000 plus value added tax (VAT), if payable. The company was incorporated in Guernsey and was not registered for VAT purposes. There was a question as to whether VAT was payable. The purchaser was unwilling to pay the VAT (£ 693,000) over to the company. Arrangements were, accordingly, made between the purchasers' solicitors, Feeney & Co, and the company's solicitors, Jay Benning Levine & Peltz (Jay Benning), for the VAT moneys to be placed in their client account on terms set out in a letter from Jay Benning to Feeney & Co dated 17 February 1995, namely:

'1. This firm will on completion provide an undertaking to you and your clients that if the sale has not already been notified to HM Customs and Excise that it will so notify HM Customs and Excise within 30 days of completion.

2. That the appropriate VAT monies shall be held by this firm until an appropriate VAT invoice has been issued and the appropriate payment to HM Customs and Excise negotiated and paid.'

I refer to the £ 693,000 held by Jay Benning as 'the fund'.

3. On 8 March 1995, the company instructed its accountant, Mr Albert Fox (Mr Fox) of Fox Associates to deal with the VAT authorities and liaise with Jay Benning in connection with the payment of the VAT. On 27 March 1995, Mr Fox wrote to the first respondent (Customs & Excise) at its VAT office in Stamford Street, London notifying them of the sale of the property for £ 3,960,000 upon which £ 693,000 was added by way of VAT. He added: 'This sum is now available to be organised for the relevant VAT calculation which will enable settlement to be made directly with your office.' Thereafter, the fund was forwarded by Jay Benning for payment into 'a separate deposit account' called 'Fox Associates - Client Account - Margaretta VAT account out of which the VAT calculations will be effected and settlement reached with HM Customs & Excise'.

4. The payment of the fund into Fox

Associates' client account required Feeney & Co's agreement. Jay Benning therefore requested and Feeney & Co agreed that the fund could be paid to Mr Fox provided that it was held to Jay Benning's order 'until the VAT position is resolved with HM Customs & Excise'. The fund was eventually transferred into Fox Associates' client account subject to this additional condition on or about 26 May 1995.

5. The fund was, thereafter, misappropriated from Fox Associates' client account. Much later, Mr Fox asserted that it had been taken by unidentified locums or employees working for him. This explanation is unlikely. The much more likely explanation is that Fox Associates used the fund for its own purposes.

6. The failure to pay the VAT resulted in the company in due course being the subject of a winding up petition presented by Customs & Excise on 25 May 1999. In order to buy time and hold off a winding-up petition (and indeed, discovery that the fund had been misappropriated), between 26 June 1997 and 4 March 1998, Mr Fox himself made payments to Customs & Excise totalling £ 297,500. Payments ceased after that date. The company was compulsorily wound up on 12 November 1999.

7. There are only two creditors in the liquidation: Customs & Excise and the second respondent (MPSL). MPSL's claim is said to run into millions of pounds. On 1 December 1999, an agreement was reached between the two creditors as to the terms on which they would each nominate a joint liquidator for the company. Under this agreement, the duties of the joint liquidators included 'seeking a pragmatic settlement of the outstanding VAT liability to Customs' and, if payment to Customs & Excise was achieved in full, the discharge of Customs & Excise's nominee as liquidator.

8. The applicants were appointed as joint liquidators of the company by the Secretary of State on 3 December 1999. On 5 January 2000, they served a statutory demand upon Mr Fox for £ 535,496.16 in respect of the balance of the moneys misappropriated. On 14 June 2000, they took a charge over Mr Fox's home to secure that amount, interest and £ 50,000 of their costs. On 15 June 2000,

Mr Fox paid them £ 56,039.93 and then on 22 December 2000, a further £ 481,586.36. On 7 June 2001, the applicants served a further statutory demand upon Mr Fox for £ 154,287.30. On about 24 January 2002, they received a further £ 100,000 in full and final settlement. Counsel for the joint liquidators informed me that at the time of service of the statutory demands, the joint liquidators were seeking to recover moneys from Mr Fox without prejudice to who would be entitled to them.

9. Customs & Excise contends that it is entitled to be paid the whole of the net recoveries made from Mr Fox, which are less than the full amount of its outstanding claim. MPSL wishes the recoveries to be distributed *pari passu* in the liquidation of the company. Customs & Excise bases its case on three grounds: (i) an express trust; (ii) a Quistclose trust; and (iii) the agreement of 1 December 1999. I deal with each below. In the case of the first two arguments, the recoveries can only be distributed *pari passu* in the liquidation if they were in some way the beneficial property of the company.

### Discussion

10. Company liquidations create many situations where it is claimed that a company's obligations have been transformed from contract into property, or from debt to trust, so that a claimant may claim property as his own rather than it being available for distribution amongst the general body of unsecured creditors according to the statutory scheme of distribution. A question may arise as to whether a particular asset was or was not the beneficial property of the company at the date of its liquidation. If it was not, then subject to the application of any avoidance provisions, it never becomes part of the statutory scheme. If it was, the courts have no power to disapply the statutory scheme in relation to that asset, by, for example, imposing a remedial constructive trust over it; see *Polly Peck International plc (in administration) (No 2)*, *Re; Marangos Hotel Co Ltd v Stone* [1998] 2 BCLC 185 at 201, [1998] 3 All ER 812 at 827, per Mummery LJ.

### Express Trust

11. Counsel for Customs & Excise first argued that the terms of the letter dated 17 February 1995 created an

express trust in favour of Customs & Excise. He referred me in particular to the following passage from Lord Wilberforce's speech in *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd* [1970] AC 567 at 580, [1968] 3 All ER 651 at 654(1):

'That arrangements of this character for the payment of a person's creditors by a third person, give rise to a relationship of a fiduciary character or trust, in favour, as a primary trust, of the creditors, and secondarily, if the primary trust fails, of the third person, has been recognised in a series of cases over some 150 years.'

The contention was, in effect, that the terms of the letter created a primary trust over the fund in favour of Customs & Excise, and the terms of the trust were still capable of being carried out.

12. The difficulty with this approach is Lord Millett's analysis of the position in *Twinsectra Ltd v Yardley* [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, [2002] 2 All ER 377. In *Twinsectra* (at [79]), Lord Millett said that there were 'formidable difficulties' with the two-trust analysis. In particular, it leaves unclear what happens to the beneficial interest in the property when the trust is aimed at the carrying out of an abstract purpose. The property could not be vested in a purpose, nor, according to Lord Millett, could it be 'in suspense'. Since it would be illogical to draw a distinction between cases where money is paid for an abstract purpose and those where it can be said that the money is for the benefit of ascertained individuals, it would appear that, in general, the property is vested in the donor himself on a resulting trust, with the trustee having either a power or a duty to apply the money for the stated purpose (*Twinsectra* at [79]). This negates the existence of a 'primary' trust in favour of the intended payee. If the purpose for which the money was given is frustrated, the money returns to the donor, not because there is a new, 'secondary' trust which arises only at the point at which the purpose fails, but because the donor was always its owner and because the resulting trust in his favour is no longer subject to any power or duty on the part of the trustee to make use of the money (*Twinsectra* at [100]).

13. The question whether an express trust arises in the context of a commercial transaction is essentially one of looking at the intention of the parties established by

reference to all the circumstances. In the present case, it is extremely unlikely that the purchaser would have wished to create an express trust in favour of Customs & Excise at the time of the transmission of the monies to Jay Benning. At that stage, it was unclear whether there would be a VAT liability at all. If there was not, the purchaser would obviously want the fund back. However, if Customs & Excise was the beneficiary under an express trust ab initio, then its beneficial interest could not be defeated simply on the basis that there was no VAT liability.

14. In these circumstances, Customs & Excise's case based on an express trust fails.

#### Quistclose Trust

15. A trust may arise where one person, A, advances money to another, B, on the understanding that B is not to have the free disposition of the money and that it may only be applied for the purpose stated by A. Commonly, A's purpose is that B should apply the money for the payment of his creditor C. The effect of the trust is to reserve in A the beneficial interest in the money, so providing him with proprietary security for his advance: see Snell's Equity (31st edn) (2005), para 23-25. This type of trust is commonly known as a Quistclose trust.

16. A Quistclose trust will not arise unless A clearly intends to restrict B's freedom to dispose of the money being advanced to B other than to discharge a stipulated purpose. It arises when A first advances the money. B then holds the legal interest in the money advanced unless and until it is applied in accordance with A's directions. The beneficial interest remains throughout in A. B has an equitable power or duty to apply it in accordance with A's directions. In the event of B's insolvency the money can be recovered by A. But it cannot be recovered by C whose rights are limited to those of the object of a mere power (cf Snell's Equity, paras 23-26, 23-28).

17. In the circumstances of this case, when the fund was paid over to it, Jay Benning became subject to fiduciary obligations to ensure that the fund would not be applied other than for the purpose of making the VAT payment to Customs & Excise or be returned to the purchaser.

18. In *Twinsectra* at [76], Lord Millett stated as follows:

'It is unconscionable for a man to obtain money on terms as to its application and then disregard the terms on which he received it. Such conduct goes beyond a mere breach of contract [...] The duty is fiduciary in character because a person who makes money available on terms that it is to be used for a particular purpose only and not for any other purpose thereby places his trust and confidence in the recipient to ensure that it is properly applied. This is a classic situation in which a fiduciary relationship arises, and since it arises in respect of a specific fund it gives rise to a trust.'

19. As Lord Millett points out, what is crucial is not that the recipient be bound to apply the money for a specific purpose, but that he be precluded from misapplying it, ie from applying it other than for the specified purpose (*Twinsectra* at [87], citing *In re Rogers* (1891) Morr 243). 'The question in every case is whether the parties intended the money to be at the free disposal of the recipient' (*Twinsectra* at [74], citing *In re Goldcorp Exchange Limited* [1995] 1 AC 74 at 100, [1994] 2 All ER 806 at 823).

20. In the instant case, it was clearly intended that the fund should not be at the free disposal of either of Jay Benning or of their client, the company. In these circumstances, Jay Benning could only have received the fund as a trustee and the company had no beneficial interest in it.

21. In my judgment, Jay Benning was obligated to hold the fund until an appropriate VAT invoice had been issued and the appropriate payment to Customs & Excise negotiated, at which point its obligation was to pay the appropriate amount to Customs & Excise. If no such payment was required to be made to Customs & Excise, then Jay Benning was obligated to return the fund to the purchaser.

22. If the fund was held on trust by Jay Benning, who was the beneficiary of the trust before Customs & Excise was to be

#### Nota:

(1) In questa Rivista, 2006, 626; per un commento, v. E. Berti-Riboli, Il "Quistclose trust" da *Barclays Bank Ltd. v Quistclose Investments Ltd.* ad oggi, in questa Rivista, 2007, 53.

## Giurisprudenza

paid out of the fund? It is clear that the company was not intended to be a beneficiary of the fund. The whole point of the arrangement was to ensure that the fund would never belong to the company, legally or beneficially. The company was not even to have control of the fund.

23. The recent authoritative analysis of a Quistclose trust by Lord Millett in *Twinsectra* concludes that the beneficial ownership of money subject to the trust usually remains vested in the donor of the money, unless and until the money is applied in accordance with his directions, and insofar as it is not so applied it must be returned to him. This explains why the donor has standing to enforce the trust (*Twinsectra* at [81] and [96]-[97]).

24. That is not to say that there may not be situations where the intended payee under a Quistclose trust obtains a beneficial interest in the fund. These include situations:

a. where the obvious intention of the transaction would be frustrated if the donor were to retain a power of revocation of the trust (*New, Prance and Garrard's Trustee v Hunting* [1897] 2 QB 19 (CA));

b. where the existence of the trust arrangements is communicated to the intended payee and the latter gains a beneficial interest in the money either because of the creation of an estoppel in his favour or because communication perfects an assignment of the donor's equitable interest to him. (See *Acton v Woodgate* (1833) 2 My & K 492 at 495; *Ellis & Co v Cross* [1915] 2 KB 654 at 659; *Cavendish v Browne* (1844) 7 I Eq R 369 at 388, 1 Jo & Lat 606 at 635-36; *Morrell v Wootten* (1852) 16 Beav 197 at 202-03; *Hamilton, Re, FitzGeorge v FitzGeorge* (1921) 124 LT 737.)

(See generally the discussion by P Millett QC, 'The Quistclose Trust: Who Can Enforce It?' (1985) 101 LQR 269, especially 287-90.)

And it may be that there are situations where the intended payee has a sufficient interest to restrain a proposed misapplication of the fund: cf Lord Millett in *Twinsectra* at [87]; Snell's Equity at para 23-27.

25. Mr Fox became an agent of Jay Benning upon receiving the fund (see generally Bowstead & Reynolds on Agency (17th edn) (2001), 1). In particular, Mr Fox obtained the power to

alter Jay Benning's legal relationship with those interested under the Quistclose trust (for example, by arriving at a figure for the VAT liability and then paying the relevant amount over to Customs & Excise).

26. Mr Fox, although aware of all of the facts as to the nature of the trust attaching to the fund, nevertheless used the fund in a way inconsistent with the trust. This 'dishonest dealing' with trust property made him personally liable to account for the loss thereby caused to the fund (*Lee v Sankey* (1873) LR 15 Eq 204; *Soar v Ashwell* [1893] 2 QB 390).

27. Since the claim against Mr Fox was for misappropriation of trust property, the claim vested in Jay Benning as trustee, not for its own benefit or for the benefit of the company but for the benefit of those interested in the fund. In other words, the claim against Mr Fox itself became trust property.

28. Customs & Excise became aware of the existence of the terms upon which the fund had been constituted, at the latest, on 26 November 1999, in a telephone conversation between Mr Oliver, its solicitor, and Mr Donn, a solicitor acting for MPSL. At this date, if not earlier, it is arguable that Customs & Excise would have obtained a beneficial interest in the fund in the light of the principles referred to in para 24(b) above. But the fund did not then exist. It had been misappropriated. There was, however, the claim against Mr Fox, which was held on trust for whoever was beneficially interested in the fund. It would follow, on this analysis, that from 26 November 1999 onwards, the beneficial ownership of the claim against Mr Fox belonged to Customs & Excise. This analysis is not affected in any way by the company's then financial state. The company, as I have already explained, had never acquired any interest in the fund at all.

29. On any view, through the mechanism of the statutory demands, the joint liquidators obtained restitution from Mr Fox as compensation for the loss which he had inflicted on the fund. In these circumstances, the liquidators are trustees of the monies received from Mr Fox. They cannot hold those monies for the company beneficially, as the company never had any interest in the fund in the first place.

30. In the present case, it can therefore fairly be said that the payments received from Mr Fox would enable the misappropriated fund the subject of the Quistclose trust to be reconstituted in large part and thereafter used for the purpose for which it was designed, namely payment of the VAT to Customs & Excise. As officers of the court, the joint liquidators are now in a position to ensure that this happens.

### The Agreement

31. In the light of my conclusions in relation to the Quistclose trust point, it is not strictly necessary for me to deal with Customs & Excise's argument based on the agreement of 1 December 1999. In these circumstances, I confine myself to saying that I am not satisfied that the agreement between the creditors for the appointment of joint liquidators included a binding commitment by MPSL to defer or subordinate its claim in the liquidation to that of Customs & Excise.

### Conclusion

32. I accordingly direct that the joint liquidators do pay the net proceeds of the recoveries from Mr Fox in their hands to Customs & Excise. Counsel were all agreed that in this eventuality the costs of all parties of this application for directions should be paid out of the moneys in the hands of the joint liquidators. I so order.



# Il giudice di Jersey recepisce il contenuto dell'ordine del giudice inglese

Jersey – Royal Court

**Trust – separazione dei coniugi – riconoscimento di sentenza straniera in Jersey – impossibilità – ragioni di giustizia – attuazione dei medesimi effetti mediante un provvedimento del giudice di Jersey  
Ordine di giustizia – trasferimento di diritti – inosservanza – potere sostitutivo del Cancelliere**

Royal Court (Samedi Division), Birt, Deputy Bailiff, Le Breton, Le Cornu, Giurati, 6 febbraio 2006 [Re the A Trust FM v ASL Trustee Company Limited]

*Il giudice di Jersey non può riconoscere efficacia al provvedimento del giudice inglese che riguardi un trust sottoposto alla legge locale e amministrato da un trustee ivi residente che non sia stato parte nel procedimento straniero, pur potendo, quando ragioni di giustizia e di equità lo impongano, dare concreta attuazione al contenuto del provvedimento medesimo per mezzo di un proprio ordine che realizzi gli stessi effetti concreti.*

*Un giudice può ordinare a una parte di trasferire certi diritti a un'altra parte e, in caso di inosservanza dell'ordine, autorizzare il Cancelliere a compiere gli atti di trasferimento in sostituzione della parte renitente.*

## Sommario

Sempre più spesso il trust viene utilizzato o strumentalizzato per sottrarre capitali alle legittime pretese di creditori, di legittimari e di coniugi nelle procedure di divorzio. La tecnica sovente utilizzata è quella di istituire trust in giurisdizioni differenti da quella nella quale risiede il disponente, in modo tale da rendere necessario per la parte danneggiata il ricorso a controversie internazionali, la cui difficoltà e i cui costi possono dissuadere dal proseguire nella lite, che hanno altresì quale conseguenza quella di rendere difficilmente eseguibile un eventuale provvedimento del giudice che sia sfavorevole al disponente.

Ciò nonostante, "l'occhio dell'equity" vede tutto e può tutto, anche ripristinare una giustizia tra le parti sebbene non sia possibile riconoscere l'eventuale sentenza straniera che accerti il diritto del ricorrente.

Il caso che segue ne è esempio.

Nel 1999 è stato istituito un trust discrezionale sottoposto alla legge di Jersey ed avente ad oggetto diversi immobili siti in Inghilterra e una certa somma di denaro, formalmente indicata come un mutuo contratto dal trustee con il disponente, ma che nella sostanza è una donazione del disponente medesimo.

Beneficiari del trust sono il disponente, sua moglie e i loro figli. Il trustee è una società avente sede in Jersey.

Quando la coppia entra in crisi e si prospetta il divorzio, il marito e disponente, membro di una ricca famiglia indiana con interessi economici e società sparse in tutto il mondo, onde evitare che la donna ottenga alcunché dal divorzio, si adopera affinché le società di famiglia instaurino una serie di controversie, aventi ad oggetto i beni inclusi nel fondo in trust, in modo tale da svuotarlo del contenuto, a Dubai, in India e a Jersey. Nel frattempo, si trasferisce fuori Inghilterra.

Il giudice inglese, innanzi al quale si svolge il procedimento di divorzio, emana un provvedimento con il quale ordina tre cose: il pagamento da parte del marito e in favore della moglie di una certa somma di denaro, la modifica dell'atto istitutivo del trust in modo tale da privare il disponente di qualsiasi *interest* in esso e, infine, il trasferimento alla moglie dei benefici derivanti dalla somma in trust costituente mutuo/donazione.

Il giudice di Jersey viene quindi adito dalla donna affinché riconosca in Jersey gli effetti della pronuncia inglese. Tuttavia, essendo il trustee di Jersey e non avendo egli preso parte alla controversia matrimoniale svoltasi in Inghilterra, la richiesta non può essere accolta.

Ciò non di meno, il giudice di Jersey afferma di rendersi perfettamente conto delle macchinazioni del marito in danno della moglie, del fatto che l'uomo aveva economicamente abbandonato la sua fa-

miglia e dell'ingiustizia di tutto questo: di conseguenza, emana una sentenza con la quale cerca di dare il più possibile attuazione al provvedimento straniero, senza peraltro dichiararne il riconoscimento. In effetti, esso si presenta come giusto e ragionevole. D'altronde i beni in trust sono gli unici che si trovano in Inghilterra e gli unici che pertanto il giudice inglese e quello di Jersey possono in un qualche modo garantire che vadano a soddisfare le necessità della ricorrente e dei figli.

In conclusione, egli ordina al trustee di emettere un *deed of exclusion* mediante il quale escludere il disponente dal novero dei beneficiari del trust; modifica una clausola di un *deed of appointment* del 2001, in base al quale l'uomo era stato nominato beneficiario del reddito del trust e di eventuali anticipazioni del capitale, così cancellando tale *life interest*; e, infine, ordina al marito (e in caso di suo inadempimento al Judicial Greffier) di trasferire alla moglie i diritti derivanti dal mutuo/donazione.

(E. B.)

## Testo della Sentenza

[1] This is an application by FM, whom we shall call the "wife", to give an effect to an order of Baron J made in the Family Division of the High Court of England and Wales on 21 November 2005, in divorce proceedings between her and Mr RM, the husband, in connection with the Jersey trust known as the "A Trust".

[2] This court has held a number of hearings in relation to the trust and its

## Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da 9 ITELRL 127.

assets are currently held to the order of the court. The trust was established on 18 June 1999, between the A Establishment of Lichtenstein, as settlor, and ASL Trustee Company Limited as trustee, which company remains the trustee. It is governed by the law of Jersey. The trust was a conventional discretionary trust of which the beneficiaries were the husband, the wife and their children.

[3] However, following execution of a deed of appointment dated 8 February 2001, the trust fund is held upon trust to pay the income to the wife during her life with power to advance her capital; subject thereto to pay the income to the husband for his life with a like power to advance capital; and subject thereto upon discretionary trusts for the children of the husband and the wife.

[4] The trust holds the freehold of a property in Holland Park, London, the lower two floors of which were the matrimonial home and in which the wife and children still live. The trust also hold long leasehold interests in three other flats in the building and there is a mortgage on the property.

[5] The husband and the wife have been involved in acrimonious divorce proceedings. The husband comes from a wealthy Indian family which has substantial worldwide business interests. The background to the case was set out in the judgment which we delivered on 12 November 2004, and a fuller picture appears from the judgment of Baron J., in which she also found that the husband and his family had decided to do all they could to ensure that the wife did not receive anything upon her divorce from the husband.

[6] This included instituting litigation in Dubai, India and Jersey all to the effect that the husband's father, or companies within the group, had proprietary claims against the assets of the trust. Baron J found that these claims were groundless and all part of the family's scheme to deny the wife any funds.

[7] In the divorce proceedings the judge made a number of orders including that the husband should pay the wife a lump sum of £10m. This remains unpaid by the husband who no longer resides in England. She made two orders in relation to the trust which are relevant for today's purposes.

[8] First, pursuant to the English

Matrimonial Causes Act 1973 she varied the trust so as to extinguish any interest that the husband might have in the trust. Secondly, she ordered the husband to transfer to the wife the benefit of a loan to the trustee of the trust, estimated at some £406,732 in April 2005. This was money the husband had contributed to the trust but which had been recorded in the books as a loan rather than as a gift to the trust.

[9] The wife now applies to the court for an order that the relevant paragraphs of the English order be recognised and enforced within this jurisdiction. The husband was refused leave to appeal against Baron J's order and the time for appealing has now expired with no appeal being lodged.

[10] We should add that whilst, during the various hearings before us, this court did all it could to ensure that the wife received funds from the trust in order to maintain herself and her children in the face of the husband's family's machinations and the failure of the husband to support her, the court directed the trustee not to submit to the jurisdiction of the High Court because of the possible adverse consequences to the trust in terms of enforcement of any order made by the High Court. It follows, therefore, that the trustee was not a party to the divorce proceedings in which these various orders were made.

[11] It is important to begin by reminding oneself of the current position. There is a suggestion in correspondence from the English solicitors for the wife that the trustee is under a duty to act upon the English court order. We have to say this displays a fundamental misunderstanding of the position. This is a trust administered in Jersey, with a Jersey trustee and governed by Jersey law. Under the law of Jersey, unless or until this court orders otherwise, the trustee must hold the trust fund upon the trusts set out in the trust deed, not upon the terms of an order made by a foreign court. We propose for convenience to use the expression "foreign court" to cover any court outside Jersey.

[12] This court has jurisdiction to vary the terms of a trust in order to give effect to a foreign judgment in the interests of comity. We have been referred to the relevant cases, namely, *Lane v Lane* 1985/86 JLR 48, *Compass Trustees Ltd (trustee of the Eiger Trust) v McBarnett*

(2002) 5 ITELR 44, 2002 JLR 321 and *CI Law Trustees v Minwalla* [2005] JRC 099(1). However, where the trustee has not submitted to the jurisdiction of the foreign court different considerations apply compared to where a trustee has voluntarily submitted to the jurisdiction of a foreign court and may therefore be said to have agreed to be bound by its decision.

[13] In the former case it is entirely a matter of discretion for this court as to whether the interests of justice and comity lead the court to give effect to the foreign court's order or not. We would add that, although this may be a matter of language, we would prefer not to talk in terms of enforcing the foreign judgment. A foreign judgment can have no effect as such in Jersey or under Jersey law. We think it is more a question of this court making such orders as it thinks appropriate to enable the decisions made by the foreign court to be given effect to in Jersey if this court so determines.

[14] With that introduction in mind we turn to consider whether we should make orders to give effect to the judgment of Baron J in this case. We are in no doubt whatsoever that we should.

[15] First, we accept entirely the judge's findings that the husband has wilfully failed to maintain his wife and children and that his family have done all they can to cause the wife to run up very substantial legal fees in order to defend satellite litigation which they have instituted with the sole intention of trying to deny her any relief.

[16] Secondly, the judge heard the matter in great detail and decided that these two orders were fair and reasonable. We can fully understand her decision. These are the only substantial assets in the United Kingdom. In the absence from the United Kingdom of the husband and in the absence of any other assets in the United Kingdom they may well be the only assets which the courts in England and Jersey can ensure go to the wife as ordered by the English court.

[17] Thirdly, although the husband did not attend the hearing in England he had every opportunity of doing so. We

**Nota:**

(1) In questa Rivista, 2006, 263.

agree, therefore, that it is in the interests of justice that all of the assets in the trust should be made available for the exclusive benefit of the wife and children.

[18] Fourthly, although the husband has not appeared before us, that has been his choice. He participated in a conference telephone call at which this date was fixed, he was aware of the date and of the wife's representation. We have also been taken through the procedures whereby he has been served with the skeleton argument and other documents produced to us. Whilst there may, initially, have been a hiccup in getting these through to him, we are in no doubt that he has been aware of what is intended. He has sent a fax seeking a delay, but we regard this simply as another delaying tactic on his part.

[19] In the circumstances we approve the draft order and in essence we order as follows. First that the trustee execute a deed of exclusion declaring the husband to be an excluded person. Secondly we vary the trust by deleting cl 2.3 of the deed of appointment dated 8 February 2001, which has the effect of deleting the life interest of the husband and the ability to advance capital to him. Thirdly, we order the husband to assign to the wife all his rights in the loan made by him and we further order that if this is not done by noon on 10 February the Judicial Greffier shall execute the same on his behalf pursuant to art 52 of the Trusts (Jersey) Law 1984.

[20] We note that there is one outstanding matter. The trustee wishes to be satisfied that the trust will suffer no

adverse tax consequences in the UK as a result of giving effect to the order of Baron J. That is still awaited and the trustee reserves the right to revert to us should there be a difficulty in that respect. It is not thought that there will be.

[21] Assuming that all goes ahead and that all the documents are executed then it will no longer be necessary for the trust assets to be held to the order of the court. This matter can revert to the trust fund being held upon the terms of the trust as varied and hopefully matters can be proceeded with for the benefit of the wife and children. Those are the orders we make.

© Royal Court of Jersey

# Opportunità dell'intervento del trustee nel procedimento di separazione coniugale dei beneficiari del trust

Jersey – Royal Court

**Trust discrezionale – poteri del trustee – modifica della legge regolatrice – separazione fra i coniugi beneficiari – procedimento in Inghilterra – intervento nell'accordo economico di separazione – istruzioni richieste al giudice**

Royal Court (Samedi Division), Birt, Deputy Bailiff, De Tibbo, Le Cornu, Giurati, 12 aprile 2006 [Re the H Trust X Trust Company Limited v RW and others]

*Non è opportuno che il trustee di un trust sottoposto alla legge di Jersey intervenga nel corso di un procedimento di separazione coniugale che si svolge in Inghilterra tra due dei beneficiari, in quanto il provvedimento che il giudice dovesse emanare anche nei suoi confronti sarebbe direttamente riconosciuto a Jersey in virtù delle norme di diritto internazionale privato, senza che il giudice di Jersey possa in alcun modo intervenire sugli effetti che da esso potrebbero derivare nei confronti del trust.*

## Sommario

È prassi che il trustee incerto sul comportamento da tenere in relazione alle vicende del trust ricorra al giudice onde ottenere le c.d. *directions*, ovvero delle istruzioni sul da farsi che, se seguite, lo pongono al riparo da qualsiasi addebito di responsabilità qualora ne dovessero derivare conseguenze negative configurabili in termini di *breach of trust*.

È altresì prassi che il giudice fornisca al trustee *directions* solo quando abbia avuto una piena e completa rappresentazione dei fatti e delle intenzioni del trustee o comunque ritenga opportuna una propria interferenza, lasciando, al di fuori di queste ipotesi, che il trustee assuma su di sé il rischio delle scelte compiute. Non ogni richiesta viene quindi presa in considerazione: quando ciò non accada, il giudice può comunque dare suggerimenti al trustee sulla base di considerazioni di natura pratica e di opportunità concreta.

La sentenza che segue mostra un'applicazione di tali prassi del diritto dei trust.

Nel 1992 era stato istituito un trust discrezionale avente ad oggetto un pacchetto di titoli ed alcuni immobili inglesi, portoghesi e canadesi. Il trust era sottoposto alla legge inglese e attribuiva giurisdizione non esclusiva al giudice del foro.

Quali beneficiari erano stati nominati due coniugi (il marito, in effetti, aveva nel tempo effettuato importanti conferimenti al trust), i due figli adulti di primo letto del marito, le loro mogli e i tre nipoti (a cui vanno aggiunti i futuri discendenti del marito), ma il trustee ha sempre impiegato il fondo in trust soprattutto per assicurare un eccessivamente elevato tenore di vita alla coppia.

Quando il matrimonio entra in crisi, la Family Division della High Court inglese, su istanza della donna, emette un ordine di sequestro dei beni dell'uomo, riconosciuto anche dal giudice di Jersey, che coinvolge tutti i beni in trust.

Nel novembre del 2005, tuttavia, il trustee si avvale del potere di modificare la legge regolatrice del trust, scegliendo quella di Jersey, e attribuendo al contempo giurisdizione esclusiva al giudice locale. Nel gennaio dell'anno successivo, la moglie chiede ed ottiene dalla High Court un ordine che vieta al trustee di modificare la legge regolatrice e la giurisdizione del trust e, stabilisce l'ordine, qualora ciò sia già avvenuto, impedisce di compiere qualsiasi ulteriore azione e comunque di eliminare la ricorrente dal novero dei beneficiari del trust. L'ordine è confermato un mese dopo nel corso di un procedimento nel quale il trustee non è intervenuto.

Nel mentre, i legali del marito avevano presentato una proposta di accordo economico ai legali della moglie, chiedendo al contempo al trustee, sebbene infruttuosamente, di voler collaborare al fi-

ne di rendere i termini dello stesso maggiormente appetibili.

Alla fine del gennaio 2006 il trustee decide di ricorrere al giudice per ottenere *directions* in merito a tre punti: l'opportunità della compiuta modifica della legge regolatrice; l'opportunità o meno di intervenire nel processo di divorzio che si sta svolgendo in Inghilterra; e l'opportunità o meno di aderire alla richiesta del marito di contribuire a offrire un accordo economico vantaggioso alla moglie.

Queste le risposte della Royal Court. Per quanto riguarda la modifica della legge regolatrice, afferma il giudice, essa è già stata compiuta dal trustee sulla base di un proprio potere ed è oramai questione priva di rilevanza: nessuna *direction* può quindi essere data a tal proposito.

Più complesso è il discorso per ciò che attiene alla partecipazione del trustee al procedimento inglese: infatti, qualora egli intervenisse, l'ordine che il giudice dovesse emanare avrebbe effetto anche nei suoi confronti e la Royal Court non potrebbe entrare nei termini della questione potendo solo dare automatica esecuzione al provvedimento in virtù delle norme di diritto internazionale privato. Al contrario, qualora il trustee non intervenisse, l'eventuale richiesta di riconoscimento a Jersey del provvedimento del giudice inglese comporterebbe necessariamente una valutazione di merito e quindi una completa discrezionalità della Royal Court nel decidere il corso da dare alla richiesta. Pertanto, la Royal Court approva la scelta del trustee di non intervenire nel processo d'oltremarica.

## Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da 9 ITELR 133.

Infine, per quanto riguarda l'ultimo tema, il giudice ritiene di non poter dare alcuna indicazione al trustee perché la proposta del marito è vaga, non sufficientemente chiara, e comunque non ancora accettata dalla moglie. Il "consiglio" che, peraltro, egli può dare è nel senso che qualora i coniugi dovessero raggiungere un accordo, il trustee dovrebbe, per quanto possibile, contribuire, onde preservare il più possibile il fondo in trust, non dissipandolo in inutili e costose controversie giudiziarie.

(E. B.)

### Testo della Sentenza

[1] This is an application for directions by X Trust Company Limited (the trustee) as trustee of a settlement known as the H Trust. We gave our decision on Friday and now give brief reasons.

#### THE BACKGROUND

[2] The H Trust (the trust) was established by deed dated 8 May 1992 between S Holdings SA (as settlor) and Q Trustees (Channel Islands) Limited as original trustee. The trustee was appointed as trustee in place of the original trustee on 14 February 1997.

[3] The trust is a discretionary trust. The present beneficiaries are the first respondent (the husband), the second respondent (the wife), the third and fourth respondents who are the two adult children of the husband from his previous marriage, the fifth and sixth respondents (who are the spouses of the third and fourth respondents) and the three existing grandchildren of the husband. Any future issue of the husband would also be beneficiaries.

[4] The assets of the trust (held through various companies) comprise essentially an investment portfolio, land in Canada, a villa in Portugal (although there is a question as to whether this is an asset of the trust) and two flats in Scarborough. The trustee estimates the overall value of the trust as being in the region £2.6m although the wife contends that the various pieces of real property may be worth more than is estimated by the trustee.

[5] The husband and the wife were married in 1983 but the wife has now instituted divorce proceedings in the

Family Division of the English High Court. In March 2005 she obtained a freezing injunction from the High Court in respect of the husband's assets and by order of justice dated 29 March 2005 a freezing injunction was granted by this court in respect of the assets of the trust. Certain variations have taken place since then in order to allow the trust to continue to fund the maintenance of the husband and the wife.

[6] The trust was originally expressed to be governed by the Law of England whose courts were given non-exclusive jurisdiction. On 25 November 2005 the trustee exercised the powers conferred by cl 8.2 and 9.1 respectively of the trust deed in order to change the proper law of the trust to that of Jersey, to confer exclusive jurisdiction over all matters and disputes arising out of the trust or the trust deed on the courts of Jersey and to make certain other amendments to the trust deed.

[7] On 20 January 2006 the wife obtained an order from the High Court joining the trustee to the English proceedings and a further order restraining the trustee from executing, if it had not already done so, a deed of variation changing the proper law of the trust; taking any further steps in relation to the same, if such deed had been executed; or taking any steps to remove the wife as a beneficiary of the trust. Those injunctions were confirmed on 10 February when the trustee did not appear.

[8] On 16 January 2006 the husband's English solicitors sent a proposal to settle the matter to the wife's English solicitors. They sent a copy of the letter to the trustee and asked whether the trustee would be prepared to provide funds to implement the proposal in the event that it was acceptable to the wife. On 20 January the trustee replied with a detailed letter but essentially it stated that it would not be willing to agree to the proposal as it failed to take account of the limited assets in the trust and of the need to have regard to the interests of those beneficiaries other than the husband and the wife.

[9] On 27 January 2006 the trustee issued a representation seeking directions from this court. Following an interim hearing on 9 February the matter came on for hearing last Friday. The three matters upon which the trustee sought the approval of the court were:

(i) its decision to change the proper law and jurisdiction clauses of the trust deed;

(ii) its decision not to submit to the jurisdiction of the English High Court; and

(iii) the stance which it had adopted in relation to the requests made to it by the husband and the wife.

We will take each of these in turn.

#### (i) *The change in proper law*

[10] The trustee has taken its decision in relation to this matter. It has executed a deed changing the proper law from English law to Jersey law and conferring exclusive jurisdiction upon the courts of Jersey. Although the wife has expressed certain reservations about the decision, there is currently no challenge to its validity. In the circumstances we do not see any need for directions from this court. The trustee has made its decision and has acted upon it. There the matter rests. In the circumstances we decline to make any order in relation to this part of the trustee's application.

#### (ii) *Submission to the jurisdiction of the English court*

[11] This part of the application is rather different. The trustee seeks approval of its decision not to submit to the jurisdiction of the English court. That is a continuing and significant matter such that it is reasonable to seek the approval of the court.

[12] Significant consequences may flow from a decision by a trustee of a Jersey trust to submit to the jurisdiction of the Family Division of the High Court (the Family Division) or indeed any other court considering the matrimonial affairs of beneficiaries of a trust. Any order subsequently made by the Family Division would be made in proceedings to which the trustee had voluntarily submitted and in which therefore it had full opportunity to put forward submissions on the order which the court should make. It follows that the trustee would be in some difficulty in arguing subsequently before this court against the proposition that any order of the Family Division relating to the trust should be enforced without re-consideration of the merits of such order.

[13] Conversely, if the trustee has not submitted to the jurisdiction of the

## Giurisprudenza

Family Division, any order of that court will not be enforceable in Jersey under the rules of private international law. On any subsequent application to this court to vary the trust so as to achieve the effect of any variation or other order made by the Family Division, this court would have complete discretion as to the course it should take.

[14] In this respect it is important to note that the roles of the two courts are very different. The Family Division is concerned to do justice between the two spouses before it. It is sitting in a matrimonial context and its objective is to achieve a fair allocation of assets between those spouses. It has no mandate to consider the interests of the other beneficiaries of any trust involved. Conversely, this court is sitting in its supervisory role in respect of trusts, as is regularly done in the Chancery Division of the English High Court. This court's primary consideration is to make or approve decisions in the interests of the beneficiaries. It has therefore a very different focus from the Family Division.

[15] It follows that, in most circumstances, it is unlikely to be in the interests of a Jersey trust for the trustee to submit to the jurisdiction of an overseas court which is hearing divorce proceedings between a husband and wife, one or both of whom may be beneficiaries under the trust. To do so would be to confer an enforceable power upon the overseas court to act to the detriment of the beneficiaries of a trust when the primary focus of that court is the interests of the two spouses before it. It is more likely to be in the interests of a Jersey trust and the beneficiaries thereunder to preserve the freedom of action of both the trustee and this court to act as appropriate following and taking full account of the decision of the overseas court. We have said that this is likely to be the case in most circumstances. In some cases-eg where all the trust assets are in England-it may well be in the interests of a trustee to appear before the English court in order to put forward its point of view because the English court will be able to enforce its order without regard to the trustee or this court by reason of the location of the assets.

[16] The observations which we have made do not lead to the conclusion that this court will ignore a decision of the

Family Division or other overseas court. Far from it. That court will have investigated the matter very fully and will have made a decision intended to achieve a fair allocation as between the spouses. In such cases the interests of comity as well as the interests of the beneficiaries will often point strongly in favour of this court making an order which achieves the result contemplated by the order of the Family Division. Indeed this court has made such orders in the past and will no doubt do so again in the future. But the significant factor from the point of view of whether the trustee should submit to the jurisdiction of the overseas court is that it will remain a matter of discretion for this court as to the course it should take in the light of the overseas order if the trustee has not submitted, whereas if the trustee has submitted, the overseas order is likely to be enforced without reconsideration of the merits.

[17] For these reasons we approve of the trustee's decision not to submit to the jurisdiction of the Family Division in this case.

[18] We should add that a decision that the trustee should not submit to the jurisdiction is separate from the question of provision of information. It seems to us important, in this case, that the husband and the wife should have the fullest information concerning the financial affairs of the trust so that any compromise which they reach, failing which any decision of the Family Division, is based upon the true financial position. It is our understanding that the wife has received the necessary information, but if this understanding is incorrect and further information is requested, the trustee should make the fullest information available to both parties and, through them, to the Family Division should this become necessary.

(iii) *Approving the stance to date of the trustee*

[19] Thirdly the trustee seeks the court's approval of 'the stance which has been adopted by the Trustee in relation to the requests made to it by the husband and the wife'. This is far too vague and the court is not willing to give such open-ended approval. The only specific matter to which we were referred in this context was the offer made by the husband's solicitors in their letter of 16 January

2006, which the trustee refused to support. But that offer was never accepted by the wife and is accordingly academic. In the circumstances it is not appropriate to seek the court's direction. If and when the parties reach agreement, the court would be willing at that stage to consider any application for directions in respect of any decision by the trustee to agree to or reject such agreement. Accordingly we make no order on this third aspect of the application.

### POSTSCRIPT

[20] The court would like to take this opportunity of emphasising some of the remarks which it made during the course of the hearing. On the evidence before the court, the trust fund appears to comprise almost the entirety of the assets available to provide in future for the husband and the wife. The marriage has been a long one and the assets were contributed to the trust by the husband during the course of the marriage. The trustee has used the trust fund to maintain the husband and the wife at a high standard of living in recent years as a result of which the capital appears to have been somewhat depleted. No payments have been made to or for the benefit of any of the other beneficiaries.

[21] The marriage has now come to an end and clearly the wife has to be provided for as well as the husband, albeit that it would seem that both will have to live at a reduced standard as compared with the somewhat unrealistic level which has been provided in the past. The wife remains a beneficiary at present by reason of her status as a spouse and, even following decree absolute, it would be open to the trustee to appoint her as an additional beneficiary. In the circumstances it would seem, on the face of it, entirely appropriate that the trustee should agree to assist in giving effect to any reasonable arrangement reached by the parties in relation to their financial affairs. The funds in this case are limited and it cannot be in the interests of the husband or the wife (as beneficiaries) or the trust fund (and the other beneficiaries) for these limited funds to be spent on litigating this matter (whether before the Family Division or this court). We hope very much that the trustee, the husband and the wife will all give due consideration to this aspect of the matter.

© Royal Court of Jersey

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

## Esecuzione delle disposizioni testamentarie segrete

Spagna – Tribunal Supremo

Testamento – nomina di eredi fiduciari – comunicazione verbale delle disposizioni testamentarie – validità della nomina

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 30 ottobre 1944, n. 1180

*Nel diritto di Navarra, contenuta in un testamento la nomina di eredi fiduciari e il rinvio a un documento scritto e sigillato contenente le disposizioni alle quali essi dovranno attenersi, il mancato reperimento di tale documento non rende nulla la nomina qualora vi sia la prova che la defunta aveva comunicato verbalmente i propri intendimenti agli eredi fiduciari, cosicché questi ultimi sono obbligati ad attuarli secondo coscienza.*

### Testo della Sentenza

CONSIDERANDO. Que son hechos y antecedentes básicos, de los que hay que partir para enjuiciar el presente recurso, los siguientes: Primero: Que la causante doña Manuela P., soltera y de condición civil navarra, falleció en Zaragoza en el año 1940, bajo testamento que había otorgado en Tudela en 1913 y en el cual, después de instituir en la legítima foral navarra y aragonesa a los parientes que acción o derecho pretendiesen sobre sus bienes, excluyéndoles en lo demás, salvo lo que después diría, declara, en la cláusula sexta, que “si entre sus papeles, tanto en su casa de Valtierra como en la de Zaragoza, o si en poder de alguna persona que la presente, se encontrase alguna memoria testamentaria en sobre cerrado y lacrado que indique serlo, que esté toda escrita de letra de la testadora, firmadas todas sus hojas por la misma y que principie con las palabras siguientes: “Vivan Jesús, María y José”, los herederos fiduciarios que nombrará la presentarán al Juzgado para la declaración de tal, se protocolizará en la notaría de esta ciudad que corresponda, y darán cumplimiento a la misma en todas sus partes”, añadiendo a conti-

nuación, en la séptima, que, “cumplido, satisfecho y pagado cuanto deja dispuesto y ordenado, del remanente de todos sus bienes, derechos y acciones que hoy tiene y posee, y en lo sucesivo pueda tener y corresponder por cualquier título, voz o razón, instituye y nombra por sus herederos fiduciarios a don Eusebio B. G., párroco de V. en la actualidad y a don José María C., que también hoy es médico de A., provincia de Huesca, para que los dos juntos o cada uno de ellos por separado realicen su herencia y cumplan todo lo que se consigne en la memoria testamentaria...”. Segundo: Que después de requerir sin resultado a los señores B. y C. para que presentaren o diesen noticia de la memoria a que el testamento se refería, plantearon los actores, parientes transversales en cuarto grado de la causante, la reclamación origen de estos autos, solicitando se declare que el testamento de doña Manuela P. carece de virtualidad para regir su sucesión, habiendo quedado decaídos en las funciones asignadas en él los demandados don Eusebio B. y don José María C., siendo procedente abrir la sucesión legítima de la causante. Tercero: Que los demandados, en su contestación han alegado la excepción de falta de acción, fundada en el doble punto de vista de no haber nacido la acción mientras los supuestos beneficiarios de la memoria puedan reclamar si ésta apareciese, y no existir, además, en ningún momento a los demandantes la acción que ejercitan; y por vía de reconvencción han pedido, entre otras cosas, se declare: que el testamento de doña Manuela P. es válido y eficaz en su totalidad, sin que su eficacia ni su validez se subordinen en todo ni en parte a la existencia o inexistencia de memoria testamentaria alguna; que ninguno de los demandantes tiene derecho alguno “mortis

causa” sobre los bienes de la causante (fuera de la cantidad que represente su institución en la legítima foral); que en el caso de no aparecer la memoria testamentaria a que el testamento hace referencia los herederos fiduciarios vendrán obligados en conciencia a dar cumplimiento a cuantas instrucciones reservadas tienen recibidas de la causante, pero siendo únicos en cuanto a sostener y continuar la personalidad de la misma; y que es improcedente, en cualquier caso, abrir la sucesión intestada de dicha causante.

CONSIDERANDO.- Que la Audiencia absuelve de la demanda, estimando la excepción de falta de acción en los demandantes, y accede en cambio a las peticiones contenidas en la reconvencción, sobre la base de una apreciación de los hechos del litigio, que se traduce, en síntesis, en las siguientes afirmaciones: Primera: Que el testamento discutido contiene, a través de lo declarado en su cláusula séptima, la última voluntad de la causante. Segunda: Que la eficacia de la institución de herederos a favor de los señores B. y C. no se hizo depender de la existencia de las instrucciones escritas. Tercera: Que está probado que entre los papeles de la testadora no se ha encontrado la memoria que había de contenerlas. Cuarta: Que, en cambio, la prueba acredita que los referidos fiduciarios recibieron instrucciones verbales de la causante.

CONSIDERANDO.- Que a impulso

### Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.  
Sul prossimo numero della Rivista pubblicheremo la traduzione della sentenza.

**Giurisprudenza**

de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida ésta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o persona de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento por comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusula de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas "sub modo", fideicomisos, donaciones "mortis causa" con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándole de esta obligación (albaceazgo de confianza).

CONSIDERANDO.- Que una de las más interesantes y borrosas figuras comprendidas en el cuadro anterior es la genuinamente romana del fideicomiso, que tiene como nota específica la de que el ruego o encomienda consiste en imponer al fiduciario el encargo de restituir toda la herencia o parte de ella a una tercera persona (fideicomiso universal o fideicomiso de herencia) o bien restituir cosa determinada o pagar determinada cantidad a un tercero (fideicomiso singular) y que no sólo se ha manifestado históricamente a través de especies muy diversas (fideicomisos puros o condicionales, expresos o tácitos), sino que ha dado lugar a modalidades especiales, tales como el fideicomiso sucesivo, perpetuo o temporal (del cual son derivaciones el fideicomiso familiar romano y la moderna sustitución fideicomisaria de llamamientos limitados) y, por lo que aquí principalmente interesa, el fideicomiso secreto, del que trae su origen el fideicomiso con encargos o instrucciones reser-

vados (herencia de confianza), institución ésta desmenuada por el derecho consuetudinario y la doctrina científica sobre la base de algunos textos del derecho romano y de las Decretales y que aun cuando esté proscrita hoy por el artículo 785 del Código Civil Español, sigue teniendo uso y arraigo en algunas regiones de derecho especial, donde los testadores, no queriendo a veces, por unas u otras razones, formular o precisar su última voluntad en el propio testamento, instituyen como herederos a persona o personas de su confianza (herederos de confianza) con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicaron o les han de comunicar, ya en forma de instrucciones concretas o ya en términos generales para que ellos las desenvuelvan y apliquen según los dictados de su conciencia.

CONSIDERANDO.- Que esta gama tan rica de instituciones jurídicas representativas de la fiducia testamentaria, nacidas y desenvueltas a través del largo proceso de desenvolvimiento del derecho romano y en siglos posteriores, plantea, en los derechos modernos que total o parcialmente las han acogido y sobre todo en los regímenes de legislación no codificada, como nuestros llamados derechos forales, el difícil problema de su delimitación y el de la determinación de la naturaleza y efectos de cada una de ellas; siendo de notar a este respecto: Primero: Que el tratamiento de las mismas ha de ser presidido como regla fundamental, por la sujeción a la voluntad de los testadores, que es norma primordial del derecho de sucesiones, a la que hay que estar en tanto no se oponga a las prescripciones de la moral y del derecho. Segundo: Que la cuestión muy delicada, del carácter o consideración que haya de atribuirse al fiduciario, que en el caso del fideicomiso de herencia fue ya objeto de criterios, indecisos y fluctuantes en la doctrina romana (la cual nos muestra soluciones, muy complicadas, sobre la base de ser reconocida en el fiduciario una cualidad inicial de heredero "iure civile" y en el fideicomisario una condición de heredero "iure pretorio", amparada por los medios procesales que garantizaban su situación y derechos en cuanto a la restitución de los bienes y el traspaso de las acciones hereditarias), da origen también en el derecho moderno, con relación a las herencias de con-

fianza, a una dogmática de rasgos poco precisos, dominada por la separación de dos fases o aspectos diferentes, pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia, se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, mientras que en el aspecto interno o material y principalmente en la situación que se produce a virtud de la revelación de la confianza se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario del testador, mero depositario y ejecutor de la voluntad de éste, según las instrucciones de él recibidas. Tercero: Que de este carácter jurídico que a la herencia de confianza se atribuye, despréndese que si bien, en principio, la declaración del fiduciario -que actúa como una especie de testigo cualificado- constituye la prueba de la voluntad del testador, la cual, una vez manifestada, es la ley de la sucesión, ello no es óbice para que la revelación de la confianza deje de surtir pleno efecto siempre que medien circunstancias adversas a la verosimilitud de lo averado por el confidenciario. Cuarto: Que cuando, por la revelación de una confianza no verdadera, resulte acreditado que falta la base misma de la institución fiduciaria (como en el caso contemplado por la Sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1906, de que los herederos declaren la confianza a favor de ellos mismos) o cuando, por no haber llegado los fiduciarios, a revelar la confianza, resulte de imposible cumplimiento el fideicomiso ordenado por el testador, y quede igualmente sin base la institución a favor del fiduciario, se produce la invalidez o caducidad de ésta y, como secuela, la del testamento mismo.

CONSIDERANDO.- Que el régimen jurídico, de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite -como en el caso de estos autos- a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios, pues en estos casos -que en



realidad quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza- la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la Sentencia de este Tribunal de 19 de noviembre de 1897, la cual, al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el otorgante dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que “la falta de las instrucciones que el testador dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia e invalida la institución de heredero en el concepto en que fue hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia, de aquélla ya porque han podido extraviarse..., ya porque se trata de un acto de la libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas”.

CONSIDERANDO.- Que el primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal, combate la declaración de la Sala sentenciadora relativa a la falta de acción de los demandantes, fundada en que la cláusula cuarta del testamento de doña Manuela P., ley obligatoria a que han de atenerse cuantos del mismo pretendan derivar su derecho, excluye precisamente de la sucesión (salvo en las legítimas forales) a aquellos parientes que pretendan acción o derecho sobre los bienes de la testadora, oponiendo a ella el recurrente, de una parte, que la acción que tienen los parientes llamados a heredar abintestato para impugnar un testamento, no nace de éste sino de la ley, y por consiguiente, no pueda ser afectada por las disposiciones que, hubiera establecido la testadora, y de otra, que tratándose de una acción para ventilar la ineficacia de un testamento, no se puede, sin hacer supuesto de la cuestión, hacer argumento de sus disposiciones para concluir que éstas impiden perseguir esa invalidez; mas, sean cualesquiera los errores de motivación en que la sentencia haya podido incurrir al tratar de explicar la falta de acción de los demandantes, centrándola precisamente, no en la inoportunidad con que haya sido ejercitada y que fue objeto de alegación en la contestación a la de-

manda, sino en la supuesta carencia de legitimación activa o facultad de demandar, es lo cierto, de todos modos, que el motivo de que se trata es intrascendente para los fines de la casación del fallo, porque si bien la Sala estima, en principio, la excepción de falta de acción, no deja, por ello, de entrar en el fondo de las cuestiones sustantivas planteadas por las partes en la demanda originaria y en la reconvencción, y entre ellas la más sustancial de la validez o no validez del testamento en litigio; a lo que todavía hay que añadir que, en realidad, el recurso sólo opone a la validez y eficacia de la cláusula testamentaria de exclusión de los actores, el argumento de no ser esta exclusión definitiva, por estar limitada por la frase de la propia cláusula “salvo lo que después se dirá”, consideración inoperante, ya que el alcance de dichas palabras no puede ser desligado del problema central de la validez del testamento discutido, pues si se entiende, con la Sala sentenciadora, que las disposiciones del mismo no están esencialmente subordinadas a la existencia de la memoria testamentaria, se habrá de concluir que, al no aparecer ésta, carece de virtualidad la reserva aludida.

CONSIDERANDO.- Que el motivo segundo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, levanta su argumentación sobre estas fundamentales proposiciones: Primera: Que los señores B. y C. no eran sino unos mandatarios de doña Manuela P., meros ejecutores de su voluntad testamentaria. Segunda: Que lo que habían de ejecutar aquéllos era estricta y únicamente lo que se consignase en la memoria testamentaria. Tercera: Que las instrucciones reservadas a que alude la sentencia, aunque hubiesen existido, no serían válidas ni eficaces, en razón a que no tienen su asiento ni su fuente en el testamento. Cuarta: Que, como consecuencia de todo ello, hay que proclamar la invalidez del testamento impugnado, en razón a que la desaparición de la memoria a que dicho testamento se refería, implica la caducidad de la confianza otorgada a los demandados.

CONSIDERANDO.- Que en la esfera de la interpretación del negocio jurídico discutido, no puede, este motivo prosperar, ya que, lejos de demostrar que la Sala sentenciadora haya incurrido en

error al determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad contenida en el testamento de doña Manuela P., opone al criterio de la Sala puntos de vista manifiestamente inadmisibles: Primero: Porque en el terreno de la interpretación literal, la tesis del recurrente de que los señores B. y C. no son más que meros mandatarios o ejecutores testamentarios está en oposición con el texto terminante de la cláusula séptima, en la que la testadora dice que instituye y nombra por sus herederos fiduciarios, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a don Eusebio B. y a don José María C. Segundo: Porque en el terreno de la interpretación lógica, y sistemática, es de observar que al paso que la tesis de la Sala permite armonizar dicha cláusula con las demás del testamento, toda vez que a un heredero se le puedan hacer encargos y encomendar funciones relacionadas con la ejecución del testamento y aplicación de los bienes (de tal modo que, en el caso presente, los fiduciarios podrían ser, si apareciese la memoria ejecutores de ella sin perder su condición de herederos), la tesis del recurrente, por el contrario, equivale a privar de sentido a una de las disposiciones, precisamente la fundamental del testamento, sacrificándola a otras de accesoria función. Tercero: Porque ningún criterio interpretativo permite sostener que la testadora quisiera poner como condición a la institución de los herederos fiduciarios la existencia de las intrucciones que se reservaba otorgar, ya que no hay expresión ninguna que permita subordinar la eficacia de dicha institución a la aparición de la memoria testamentaria, ni cabe inferir esa condicionalidad de la relación entre la cláusula séptima y la sexta, toda vez que, de una parte, la cláusula sexta sólo habla de la memoria testamentaria en sentido hipotético, y de otra, la cláusula séptima, al empezar con la frase “cumplido, satisfecho y pagado cuanto deja dispuesto y ordenado”, ha de ser relacionada, no sólo con las disposiciones eventuales de la cláusula sexta sino también con las de institución en la legítima foral que contiene la cláusula cuarta. Cuarto: Porque a la luz de un criterio finalista, la tesis del recurrente, al conducir a la consecuencia práctica de la ineficacia de la institución del heredero y el testamento mismo, quebranta el principio de conservación del negocio jurídico -recogido en el artículo 1284 del Código Civil y acepta-

**Giurisprudenza**

do, como muy relevante dentro del derecho de Navarra, por la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1926- que obliga a preferir, en los casos dudosos, aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas. Quinto: Porque, además, en el caso presente, la finalidad de morir la causante con testamento, revelada bien expresivamente en la cláusula que excluye de la herencia a quienes pretendiesen ser herederos abintestato, domina la totalidad del complejo testamentario y le imprime un espíritu y un sentido del que el juzgador no puede desentenderse.

CONSIDERANDO.- Que tampoco en la esfera de las calificaciones jurídicas, o lo que es igual, en cuanto afecta a la naturaleza y consecuencias propias de las disposiciones contenidas en el testamento de la señora P. C., puede prosperar el motivo de casación que se examina, ya que es de observar, en contra de la tesis que en él se propugna de la invalidez del testamento por razón de la caducidad de la institución de los herederos fiduciarios; Primero: Que si, aceptando el propio criterio que el recurrente señala, se admitiese la existencia en el caso de estos autos de una herencia de confianza, constituida, no por virtualidad de las instrucciones verbales que los fiduciarios hayan podido recibir del testador y que no tienen base directa en el testamento, sino por el juego que éste atribuye a la memoria testamentaria, nunca cabría aplicar a esa herencia de confianza -impropia o cuando menos atípica- las normas ordinarias con que la doctrina suele disciplinar la institución aludida, entre otras razones, que resultan de todo lo expuesto, por la potísima de que esta memoria (a la cual la testadora se refería en una oración condicional, admitiendo, sólo como cosa meramente posible y eventual, que apareciese aquella entre sus papeles o en poder de alguna persona que la presentase), no tenía función esencial en el mecanismo de la institución de los herederos fiduciarios, y, por ende, llegaríase por este camino a la solución misma que hace suya -a través de razonamientos más o menos claros- la Sala sentenciadora. Segundo: Que si se quisiese y pudiese conceptuar la institución hereditaria a favor de los demandados y recurridos como un fideicomiso clásico romano, tampoco esta vía podría conducir al resultado, que el recurso persigue, de la

invalidez del testamento impugnado, pues ese fideicomiso habría de ser reputado, no como un fideicomiso universal (imposible de admitir, toda vez que la testadora, al remitirse a una posible memoria testamentaria, no habla de que en ella hubiera de hacer el nombramiento de un segundo heredero fideicomisario, ni puede presumirse que fuera esa su voluntad, dado el concepto que en el derecho vigente en Navarra, y congruentemente en el origen romano de la institución, se ha tenido de las memorias testamentarias, consideradas por las más autorizadas opiniones doctrinales como un medio de hacer mandas, mejoras, aclaraciones y otras varias disposiciones, pero no institución de herederos, ni variación de ellos, ni sustituciones de los mismos), sino como un fideicomiso particular, y en este sentido, las contingencias que puedan afectar a la existencia y eficacia de las disposiciones a título particular que hubiera contenido la memoria testamentaria no aparecida, en nada trascienden a la institución válida de los herederos fiduciarios, que tiene sustancia y vida propia, suficiente para sostener la eficacia del testamento. Tercero: Que si, dentro de la técnica que parece más adecuada a las singularidades del presente caso, se calificase como "institución modal" la hecha a favor de los señores C. y B., teniendo en cuenta, no sólo el empleo que en la cláusula testamentaria se hace de la expresión "para que", tan característica del "modus", sino el sentido todo de dicha cláusula, sería igualmente rechazable la tesis de que la no aparición de la memoria donde estaría determinada la aplicación que había de darse a los bienes, implicaba la caducidad de la institución, pues es doctrina, compartida por el derecho romano vigente en Navarra y por el derecho español común, que cuando la cláusula modal no puede ser cumplida sin culpa del beneficiario, se tiene por no puesta y en nada perjudica la validez de la institución de herederos, así como también que, cuando, sin culpa o hecho propio del heredero, no puede tener efecto la cláusula modal en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conformes a su voluntad (artículo 798, apartado primero, del Código Civil, concordante en esencia con la Ley dieciseis, Título segundo, Libro treinta y tres del Digesto). Cuarto: Que a través de esta última doctrina y por vía indirecta, resulta explicable y perfectamen-

te legitimado el enlace y combinación que la sentencia recurrida lleva a cabo entre el régimen propio de la institución hereditaria pura y el de la herencia de confianza, pues al no aparecer la memoria testamentaria y existir en cambio las instrucciones verbales que la Sala estima probado que los fiduciarios recibieron de la testadora, a ellas habrán de atenderse supletoriamente dichos herederos, con lo cual la institución se transforma, cuando menos analógica y prácticamente, en herencia de confianza, y resulta ajustado a derecho el pronunciamiento del fallo por el que se declara que "Don Eusebio B. y don José María C., herederos fiduciarios, vienen obligados a cumplir en conciencia cuantas instrucciones tienen recibidas de la causante en orden a la herencia".

CONSIDERANDO.- Que el tercero de los motivos del recurso, fundado, al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley Procesal, en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, por haber aceptado el sentenciador como reales las instrucciones reservadas que dicen haber recibido los demandados, no puede prevalecer, de una parte, porque el propio testamento, que como documento auténtico se señala, no demuestra que no hayan existido las instrucciones verbales que la Sala da por probadas, y de otra, porque la sentencia en realidad no desconoce que los fiduciarios, a tenor de dicho documento, habrían de atenderse, en su caso, a las instrucciones escritas que contuviese la memoria testamentaria, por lo cual no puede ser estimada la infracción del artículo 1281 que, en relación con el 1248, ambos del Código Civil, invoca el recurrente.

CONSIDERANDO.- Finalmente, que el cuarto motivo, al puntualizar las infracciones que supone haber cometido la Sala sentenciadora por no admitir la procedencia de la apertura de la sucesión intestada, se basa en el supuesto, trasladado de los anteriores motivos, de haber decaído la institución de heredero, y, por consiguiente, siendo mera secuela de dichos motivos de casación ya rechazados, carece éste también de eficacia y debe ser desestimado.

# Disegno di legge recante la istituzione del trust di diritto italiano

Italia

SENATO DELLA REPUBBLICA

— XV LEGISLATURA —

N. 1234

**DISEGNO DI LEGGE**  
d'iniziativa del senatore **BENVENUTO**  
**COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 28 DICEMBRE 2006**

Istituzione del *trust* di diritto italiano, in applicazione dell'articolo 6 della Convenzione adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, ratificata ai sensi della legge 16 ottobre 1989, n. 364

Onorevoli Senatori. – L'Italia è stato uno dei primi paesi a ratificare, ai sensi della legge 16 ottobre 1989, n. 364, la Convenzione adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento. Gli altri Stati che a tutt'oggi hanno aderito alla Convenzione, con le modalità previste dai rispettivi ordinamenti, sono i seguenti: Australia, Canada, Cina, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica di San Marino.

Si ricorda che, ai sensi della Convenzione, per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente (*settlor*), con atto tra vivi o *mortis causa*, qualora determinati beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Inoltre, in base all'articolo 21 della Convenzione, l'Italia è tenuta a riconoscere, con gli effetti giuridici minimi previsti dall'articolo 11 della medesima Convenzione, i *trust* costituiti in paesi che li regolano nelle rispettive legislazioni, salve restando solo le proprie competenze in tema di ordine pubblico (a cominciare, ovviamente, dall'antiriciclaggio) ed in materia fiscale, in forza degli articoli 18 e 19 della Convenzione.

A quest'ultimo proposito, si rileva che il trattamento tributario dei *trust* di qualsiasi natura è stato di recente introdotto nell'ordinamento italiano dai commi 74, 75 e 76 dell'articolo 1 della legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296).

Quanto sopra detto rende tanto più indispensabile ed urgente l'introduzione diretta dell'istituto del *trust* nella nostra legislazione, così da poter adeguatamente rispondere alle sfide della concorrenza fra ordinamenti, in un'economia ormai totalmente aperta e globalizzata, nei confronti in primo luogo dei potenziali disponenti italiani dei *trust*.

Positivo effetto collaterale, ma certo non secondario, sarà quello di rendere applicabile ai *trust* di diritto estero che hanno titolo ad essere riconosciuti in forza della Convenzione, purché presentino determinati elementi costitutivi collegati al nostro paese, disposizioni in materia di riciclaggio allineate con quelle che per implicito sono destinate a valere per i nuovi *trust* di diritto italiano, così da evitare indebiti ed inammissibili disallineamenti competitivi da elusione. In tal modo si renderà anche finalmente possibile impedire fondatamente l'attività nel nostro territorio di più o meno sedicenti *trust* che si fondano su assetti normativi e su prassi operative estranei all'area di applicazione della Convenzione e che nei fatti si rivelano non di rado quali strumenti di aggiramento del quadro giuridico e finanziario interno, che non devono pertanto trovare più oltre ospitalità nel nostro spazio economico.

Si evidenzia che l'impostazione del presente disegno di legge recepisce per parti significative gli spunti di riflessione e di approfondimento offerti dalla nutrita serie di audizioni che la Commissione finanze della Camera dei deputati ha svolto nella XIII legislatura, in via propedeutica all'esame della proposta di legge n. 6457, d'iniziativa dei deputati Rabbito, Benvenuto ed altri. Ne è emersa la comune convinzione che la società

## Legislazione

fiduciaria, istituto tipico ed ormai consolidato da svariati decenni di esperienza dell'ordinamento italiano, rappresenta il *trustee* di elezione.

Le disposizioni di coordinamento contenute nell'articolo 6 integrano in primo luogo la legge 30 aprile 1999, n. 130, sulla cartolarizzazione dei crediti, inserendo fra i veicoli utilizzabili i *trust* di diritto italiano, costituiti al fine esclusivo di partecipare a singole operazioni di cartolarizzazione, secondo prassi operative da tempo affermate e consolidate nei paesi la cui legislazione già prevede i *trust*.

In secondo luogo, assoggettano a tassa fissa gli atti di intestazione e di reintestazione fiduciaria, anche a titolo di *trust*, dei beni immobili e dei beni mobili registrati, con ciò rimuovendo una diseconomia tributaria che renderebbe di fatto inapplicabile l'istituto stesso del *trust* di diritto italiano.

Il provvedimento non necessita di copertura finanziaria, essendo anzi produttivo del gettito aggiuntivo generato dal comma 2 dell'articolo 6.

Onorevoli senatori, tali sono la finalità e la sostanza del provvedimento del quale si sollecita la vostra approvazione, nella consapevolezza che l'istituzione del *trust* di diritto italiano varrà ad integrare la gamma degli strumenti di natura fiduciaria disponibili sul nostro mercato.

### DISEGNO DI LEGGE

#### Art. 1. (Finalità)

1. La presente legge istituisce e disciplina il *trust* di diritto italiano, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 6 della Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, ratificata ai sensi della legge 16 ottobre 1989, n. 364, di seguito denominata "Convenzione".

2. In conformità all'articolo 19 della Convenzione, resta fermo il trattamento tributario dei *trust*, come disciplinato dall'articolo 1, commi 74, 75 e 76, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

#### Art. 2. (Trust di diritto italiano)

1. La costituzione del *trust* di diritto italiano avviene, a pena di nullità, per atto scritto tra vivi, anche unilaterale, o *mortis causa*.

2. L'atto costitutivo di cui al comma 1 contiene, a pena di nullità, l'indicazione del *trustee*, come definito ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione, da individuare tra le società fiduciarie di amministrazione autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, che rispondano ai requisiti di forma e di capitale sociali stabiliti con decreto del Ministro dello sviluppo economico. Il relativo elenco è pubblicato ed aggiornato a cura del Ministero dello sviluppo economico.

3. L'atto costitutivo regola altresì, a pena di nullità:

- a) la durata del *trust* e il regime previsto per gli utili e i proventi;
- b) i rapporti tra il *trustee* e i beneficiari;
- c) la modifica e la cessazione del *trust* e la conseguente destinazione dei beni;
- d) le dimissioni e la revoca del *trustee* e le conseguenti disposizioni;
- e) i destinatari, le modalità e la periodicità della rendicontazione.

#### Art. 3. (Separazione patrimoniale)

1. I beni del *trust* costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello del *trustee* e, fino alla loro eventuale attribuzione, dal patrimonio dei beneficiari. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori del *trustee* o degli eventuali depositari. Le azioni dei creditori dei beneficiari sono ammesse nei limiti dei diritti a questi spettanti al momento nel quale l'azione è intrapresa.

2. Il *trustee* è legittimato a richiedere iscrizioni, trascrizioni e intestazioni di beni immobili, di beni mobili registrati e di strumenti finanziari del *trust* o dati a garanzia del *trust*. Da tali atti deve risultare, mediante riferimento alle disposizioni della presente legge, la qualità di *trustee*.

Art. 4.  
 (Trustee)

1. Nello svolgimento del proprio incarico, il *trustee*:
  - a) può delegare l'esecuzione di specifici compiti e l'esercizio di specifici poteri ad altri soggetti, i quali rispondono nei confronti dei beneficiari in solido con il *trustee* delegante;
  - b) può agire esclusivamente nei limiti ed alle condizioni definiti nell'atto istitutivo del *trust*;
  - c) può amministrare i beni del *trust* disponendone nei limiti indicati nell'atto istitutivo del *trust*. In assenza di disposizioni espresse, i beni non possono essere dati in garanzia né possono essere acquistati nuovi beni immobili;
  - d) può effettuare gli investimenti necessari per l'amministrazione del *trust*, conferendo incarichi a soggetti abilitati;
  - e) rende conto della propria attività ai soggetti indicati nell'atto istitutivo del *trust*, con la periodicità indicata nell'atto stesso ed in ogni caso almeno annualmente.
2. I beneficiari di un *trust* e tutti coloro che comunque abbiano diritto di agire contro il *trustee* in tale sua qualità possono:
  - a) sostituirsi al *trustee* per esercitare i diritti e le azioni che spettano al *trustee* contro i terzi;
  - b) domandare l'annullamento di qualsiasi negozio traslativo compiuto dal *trustee* in violazione delle disposizioni dell'atto istitutivo del *trust* o della presente legge.
3. Al numero 1) del primo comma dell'articolo 2659 del codice civile sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “; ove una parte abbia agito nella qualità di *trustee*, la denominazione del *trust* e la data della sua istituzione, nonché il numero di codice fiscale e le generalità del *trustee*”.
4. Al numero 1) del secondo comma dell'articolo 2660 del codice civile sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “; ove il bene sia istituito in *trust*, le generalità del defunto e la denominazione e la data di istituzione del *trust*, nonché il numero di codice fiscale e le generalità del *trustee*”.

Art. 5.  
 (Vigilanza. Disposizioni penali)

1. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sono definite le misure idonee alla separazione organizzativa e contabile delle attività di *trustee*, cui devono attenersi i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2.
2. Il Ministro dello sviluppo economico dispone la sospensione del *trustee* che sia assoggettato a liquidazione coatta amministrativa o ad altra procedura concorsuale o per il quale siano venuti meno i requisiti di cui all'articolo 2, comma 2, e adotta le conseguenti disposizioni per l'amministrazione dei beni conferiti in *trust* da parte di un commissario, nel rispetto delle disposizioni dell'atto costitutivo del *trust*. Ove, decorsi non oltre novanta giorni dalla nomina del commissario, occorra sostituire definitivamente il *trustee* e non siano applicabili le disposizioni dell'atto costitutivo del *trust*, il Ministro dello sviluppo economico richiede al presidente del tribunale del luogo in cui il *trustee* aveva sede la nomina di un altro *trustee*. Il presidente del tribunale, sentito il disponente del *trust*, provvede entro i successivi dieci giorni.
3. Il commissario ed il nuovo *trustee* di cui al comma 2 possono compiere gli atti di cui all'articolo 4, comma 2.
4. Ove un *trust* istituito in conformità alla legge di un altro Stato sia riconosciuto ai sensi del capitolo III della Convenzione, al *trustee* si applicano le disposizioni degli articoli 2, 3, 3-bis e 5 del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, e successive modificazioni, in materia di prevenzione dell'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, purché sia realizzata almeno una delle seguenti condizioni:
  - a) l'Italia costituisce il luogo di amministrazione del *trust*, ovvero della residenza o del domicilio di almeno uno dei disponenti o dei beneficiari;
  - b) almeno uno dei beni del *trust* è situato in Italia.
5. Agli effetti dell'articolo 18 della Convenzione, è vietata nel territorio dello Stato l'attività di *trustee* diversi da quelli di cui all'articolo 2, comma 2, della presente legge o da quelli riconosciuti ai sensi del capi-

**Legislazione**

tolo III della Convenzione. La violazione del divieto è punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da un quarto alla metà del valore dei beni istituiti in *trust*.

**Art. 6.**

*(Norme di coordinamento)*

1. All'articolo 7, comma 1, della legge 30 aprile 1999, n. 130, è aggiunta in fine la seguente lettera:  
“b-bis) alle cessioni a *trust* di diritto italiano costituiti al fine esclusivo di partecipare a singole operazioni di cartolarizzazione”.

2. L'intestazione di beni immobili e di beni mobili registrati ad una società fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, e la loro reintestazione al fiduciante sono soggette a tasse di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa. I redditi, le plusvalenze e gli altri proventi derivanti dai beni intestati si considerano conseguiti dal fiduciante. L'intestazione alla società fiduciaria è trascritta indicando la natura fiduciaria dell'atto.

# Progetto di legge recante disposizioni sull'affidamento fiduciario

Italia

Atti Parlamentari

— 1 —

Camera dei Deputati

XIV LEGISLATURA — DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI — DOCUMENTI

## CAMERA DEI DEPUTATI N. 6320

### PROPOSTA DI LEGGE

d'iniziativa del deputato **TABACCI**

Disposizioni sull'affidamento fiduciario

Presentata il 1° febbraio 2006

ONOREVOLI COLLEGHI! — Il progetto di legge recante « Disposizioni sull'affidamento fiduciario » risponde all'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento interno cui finora si è parzialmente sopperito con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, di ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 sul diritto applicabile e il riconoscimento del *trust*, strumento rispondente alla protezione di interessi legittimi privi di soddisfacente inquadramento nei contratti tipici e nelle possibilità offerte dai negozi atipici del diritto civile italiano.

La progressiva e notevole diffusione in Italia dell'uso del *trust* negli ultimi anni rende necessario un intervento del legislatore interno al fine di diradare le incertezze sull'istituto in questione e al contempo di consentire un allineamento del nostro Paese agli *standard* anglosassoni in materia.

Il progetto di legge si articola in quattro capi.

Il capo I reca i principi generali definendo, all'articolo 1, il negozio di affidamento fiduciario. L'affidamento di posizioni soggettive all'affidatario segue logicamente il negozio di affidamento (anche se può essere contemporaneo) e consiste in atti dispositivi in favore dell'affidatario. Affidante e affidatario possono coincidere, ma in tale caso il beneficiario dell'affidamento deve essere un terzo.

L'articolo 2 prevede che i beni affidati siano costituiti in patrimonio, distinto da quello dell'affidatario e separatamente individuato e contabilizzato (articolo 3). L'articolo 4 delinea le funzioni del guardiano, mentre una disciplina specifica (l'articolo 5) è dedicata agli affidamenti in favore di soggetti deboli.

Negli articoli successivi, costituenti il capo II, vengono poi trattate le posizioni

**Legislazione**

dell'affidante verso l'affidatario, distinguendo l'affidamento fiduciario dal negozio fiduciario (articolo 6), la posizione dei beneficiari verso l'affidatario, responsabile esclusivamente nei confronti dei primi (articolo 7), e la posizione dell'affidatario verso terzi, in particolare per quanto riguarda la limitazione dei suoi poteri (articolo 8).

L'affidatario deve avere sede o uno stabilimento in Italia (articolo 10); se si tratta di un affidatario che si rivolge al pubblico (affidatario professionale), esso è soggetto ad assicurazione obbligatoria, non può svolgere altra attività ed è vigilato dall'Ufficio italiano dei cambi (articolo 11).

Il capo III reca le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale.

In particolare, la posizione dei beneficiari è tutelata dalle disposizioni sul trasferimento indebito di beni affidati, che sono recuperabili, a certe condizioni, anche nei confronti dei successivi aventi

causa (articolo 12); così come sono tutelati i legittimari (articolo 13) e i creditori del disponente (articolo 14). Cruciali in tutte le possibili controversie giudiziali sono l'abolizione dei limiti alla prova testimoniale (articolo 15) e i poteri attribuiti all'autorità giudiziaria (articolo 16).

Le disposizioni tributarie — contenute nel capo IV — considerano il trasferimento di beni all'affidatario come strumentale per la finalità del *trust* e quindi lo esentano da imposta proporzionale indiretta, mentre trattano il trasferimento dall'affidatario ai beneficiari come se fosse compiuto direttamente dal disponente (articoli 17 e 18); per le imposte dirette, il patrimonio affidato è considerato soggetto passivo di imposta (articolo 19). L'affidatario è responsabile di imposta, con diritto di rivalsa sul patrimonio affidato (articolo 20). Sono, infine, previste norme in materia di codice fiscale (articolo 21).



## PROPOSTA DI LEGGE

—

### CAPO I

#### PRINCÌPI GENERALI

##### ART. 1.

*(Negozio di affidamento fiduciario).*

1. Con il negozio di affidamento fiduciario un soggetto, denominato « affidante », commette a un altro soggetto, denominato « affidatario », il compito di realizzare specifiche finalità, entro un periodo di tempo non superiore a ottanta anni, avvalendosi delle posizioni soggettive, denominate singolarmente « beni affidati » e complessivamente « patrimonio affidato », che l'affidante o altri soggetti trasferiscono all'affidatario, contestualmente o successivamente, in una o in più volte, per negozio fra vivi o per testamento.

2. Le finalità dell'affidamento fiduciario consistono nella realizzazione di vantaggi suscettibili di valutazione economica in favore di specifici soggetti o categorie di soggetti, denominati « beneficiari », fra i quali può essere compreso l'affidante.

3. Un soggetto può vincolare posizioni soggettive, che gli appartengono, per mezzo di un negozio di affidamento fiduciario nel quale egli riveste le posizioni di affidante e di affidatario, ma non di beneficiario.

4. Il negozio di affidamento fiduciario fra vivi, ogni sua modificazione e l'accettazione dell'affidatario devono essere fatti per iscritto a pena di nullità.

5. Qualora il negozio di affidamento sia contenuto in un testamento, l'accettazione dell'affidatario è disciplinata dalle disposizioni vigenti sulla accettazione della nomina di esecutore testamentario.

##### ART. 2.

*(Regime dei beni affidati).*

1. I beni affidati, nonché ogni loro frutto e accrescimento e ogni trasforma-

**Legislazione**

zione o permutazione in altri beni per effetto di alienazione o di altra causa, costituiscono un patrimonio, denominato «patrimonio affidato», distinto sia dal patrimonio dell'affidatario che da altri patrimoni allo stesso affidati in attuazione di negozi di affidamento fiduciario.

2. I patrimoni affidati sono estranei al regime matrimoniale dell'affidatario, sono esclusi dalla sua successione ereditaria e su di essi non possono fare valere alcun diritto i creditori personali dell'affidatario.

**ART. 3.**

*(Manifestazione dell'affidamento).*

1. L'affidatario è obbligato, rispetto al patrimonio affidato:

a) a tenerlo separato sia dal proprio che da altri patrimoni affidatigli;

b) a contabilizzarlo separatamente, qualora sia tenuto alla tenuta delle scritture contabili;

c) a fare risultare, nei modi idonei secondo la natura dei beni, che si tratta di beni affidati.

2. Dopo il numero 10) dell'articolo 2643 del codice civile è inserito il seguente:

« 10-bis) gli atti che, in relazione a un negozio di affidamento fiduciario, trasferiscono diritti reali immobiliari o costituiscono vincoli; ».

**ART. 4.**

*(Assistenza e controllo dell'affidatario).*

1. Il negozio di affidamento fiduciario può prevedere la nomina di un soggetto, denominato «guardiano», con il compito di assistere l'affidatario e di controllarne l'operato.

2. Il guardiano indirizza il proprio comportamento alla tutela degli interessi dei beneficiari secondo gli intendimenti dell'affidante.

3. L'affidante può nominare se stesso guardiano.

ART. 5.

*(Affidamento a vantaggio di soggetto debole).*

1. Qualora il negozio di affidamento fiduciario abbia quale finalità la cura, il mantenimento o il sostegno di un soggetto debole, come definito ai sensi del comma 2, esso deve, a pena di nullità:

*a)* designare il soggetto che adempie l'ufficio di guardiano;

*b)* prevedere meccanismi di sostituzione del guardiano, in modo che l'affidamento sia sempre assistito da un guardiano;

*c)* attribuire al guardiano il potere di revocare l'affidatario, nominando un altro affidatario.

2. Ai fini della presente legge, sono soggetti deboli:

*a)* i disabili e i portatori di *handicap*;

*b)* i minori di età;

*c)* i soggetti di età superiore ai settantacinque anni;

*d)* gli interdetti e gli inabilitati;

*e)* i malati affetti da gravi patologie croniche, fisiche o mentali;

*f)* i tossicodipendenti e gli alcolodipendenti.

CAPO II

ESECUZIONE DELL'AFFIDAMENTO  
FIDUCIARIO

ART. 6.

*(Posizione dell'affidante verso l'affidatario).*

1. L'articolo 2 non si applica qualora, lo preveda o meno il negozio di affidamento fiduciario, l'affidante o altri soggetti impartiscano istruzioni all'affidatario nell'esecuzione del negozio di affidamento fiduciario.

2. L'affidante e i suoi successori non possono proporre azione contro l'affidatario per inadempimento.

## ART. 7.

*(Posizione dei beneficiari  
verso l'affidatario).*

1. L'affidatario risponde verso i beneficiari qualora:

a) non osservi la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze rispetto a beni propri;

b) non agisca alla stregua di un fiduciario, tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui;

c) violi le disposizioni del negozio di affidamento fiduciario;

d) trattandosi di soggetto che svolge professionalmente l'attività di affidatario, non agisca con la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista.

2. L'affidatario risponde verso i beneficiari del comportamento dei procuratori, consulenti, gestori e mandatari, che egli ha nominato, a meno che provi di averli scelti e mantenuti nell'incarico con la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze.

3. L'affidatario rende ai beneficiari il conto del suo operato con la periodicità opportuna secondo le circostanze e, nel corso o al termine dell'affidamento fiduciario, trasferisce loro il patrimonio affidato ai sensi delle disposizioni sul negozio di affidamento fiduciario.

4. La dispensa preventiva dall'obbligo di rendere il conto non ha effetto.

5. Sono nulle le disposizioni del negozio di affidamento fiduciario e i patti che, per il caso di dolo o colpa grave, escludono o limitano preventivamente la responsabilità dell'affidatario o dei soggetti del comportamento dei quali egli deve rispondere.

## ART. 8.

*(Posizione dell'affidatario verso i terzi).*

1. L'affidatario ha diritto di fare risultare la propria qualità in ogni negozio che compie.

2. Chiunque contrae con l'affidatario può esigere che lo stesso giustifichi i suoi poteri e gli dia copia, da lui firmata, delle rilevanti disposizioni del negozio di affidamento fiduciario.

3. Le limitazioni dei poteri dell'affidatario sono opponibili ai terzi che ne abbiano conoscenza o che le ignorino per propria colpa.

4. L'affidatario che ha contratto nella sua espressa qualità risponde unicamente con il patrimonio affidato.

5. In caso di insolvenza di una società di capitali, l'affidatario che ne è o ne è stato unico socio risponde per le obbligazioni sociali soltanto con il patrimonio affidato al quale la partecipazione appartiene.

ART. 9.

*(Subentro di nuovo affidatario).*

1. Qualora vi sia subentro o variazione nella posizione di affidatario, il patrimonio affidato è trasferito di diritto al nuovo affidatario o agli affidatari risultanti dalla variazione.

ART. 10.

*(Domicilio dell'affidatario).*

1. A pena di nullità del negozio di affidamento fiduciario, l'affidatario o, qualora ve ne sia più di uno, almeno un affidatario deve essere domiciliato in Italia o avere in Italia uno stabilimento permanente.

2. Ogni atto e documento relativo all'affidamento deve essere conservato presso il domicilio o lo stabilimento permanente di cui al comma 1.

ART. 11.

*(Affidatari professionali).*

1. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di affidatario è riservato a

**Legislazione**

società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, che sono in possesso dei seguenti requisiti:

a) sono iscritte in un apposito elenco tenuto dall'Ufficio italiano dei cambi;

b) il loro oggetto sociale non consente alcuna altra attività;

c) i partecipanti al loro capitale e i loro esponenti aziendali posseggono i requisiti previsti dagli articoli 108 e 109 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni;

d) hanno stipulato una polizza assicurativa contro la responsabilità professionale, la cui copertura assicurativa è non inferiore al 25 per cento del valore dei patrimoni affidati, secondo la stima che l'affidatario professionale redige entro il 28 febbraio di ciascun anno con riferimento al 31 dicembre dell'anno precedente e della quale rimette copia all'Ufficio italiano dei cambi.

2. Nei confronti delle società di cui al comma 1 del presente articolo l'Ufficio italiano dei cambi è titolare dei poteri previsti dall'articolo 106, commi 5 e 6, del citato testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.

**CAPO III****TUTELA GIURISDIZIONALE****ART. 12.**

*(Trasferimento indebito di beni affidati).*

1. Sono nulli gli atti di disposizione o di amministrazione di beni affidati qualora ricorra una delle seguenti condizioni:

a) l'atto è a titolo gratuito e non è in favore di un beneficiario;

b) l'atto eccede le limitazioni dei poteri dell'affidatario opponibili al terzo acquirente;

c) l'atto prevede un corrispettivo notevolmente inferiore al valore corrente del bene affidato;

d) l'atto è compiuto dall'affidatario in conflitto di interessi, del quale il terzo ha avuto conoscenza o che ha ignorato per propria colpa.

2. La nullità di un atto di disposizione di beni affidati comporta la nullità dei successivi atti di disposizione senza limite qualora ricorra una delle seguenti condizioni:

a) l'atto è a titolo gratuito;

b) l'atto prevede un corrispettivo notevolmente inferiore al valore corrente del bene affidato;

c) l'atto è preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento dei diritti dei beneficiari;

d) l'acquirente ha conoscenza della causa di nullità, di cui al comma 1, o la ignora per propria colpa.

3. Le fattispecie di nullità di cui al presente articolo possono essere fatte valere da qualsiasi beneficiario e dal guardiano.

4. Nel dichiarare la nullità il giudice trasferisce i beni ad un altro affidatario, nominato, ove necessario, dallo stesso giudice, ferme, sotto ogni altro profilo, le disposizioni sul negozio di affidamento.

5. Le azioni contro l'affidatario e contro i terzi aventi causa, direttamente o indirettamente, si prescrivono in dieci anni dal giorno nel quale chi agisce in giudizio ha avuto conoscenza della causa di nullità.

ART. 13.

*(Tutela dei legittimari).*

1. Gli effetti del negozio di affidamento fiduciario, qualora si tratti di liberalità

dell'affidante verso i beneficiari, sono soggetti alle stesse norme che regolano la riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

2. Qualora l'affidamento sia ancora in essere e non risultino in modo certo i beneficiari o le rispettive quote ovvero essi non siano ancora nati, l'azione di riduzione si propone nei confronti dell'affidatario o, altrimenti, nei confronti dei beneficiari.

3. Fermo restando quanto disposto dai commi 1 e 2, qualora il negozio di affidamento fiduciario sia a esclusivo vantaggio di un soggetto debole:

*a)* questi non può proporre azione di riduzione a meno che il patrimonio affidato sia insufficiente per la finalità dell'affidamento;

*b)* altri soggetti non possono proporre l'azione fino a quando il soggetto debole sia in vita se non con riferimento a quella parte del patrimonio affidato che sia manifestamente eccessiva rispetto ai suoi bisogni, e, dopo la morte del soggetto debole o dopo che egli non sia più qualificabile soggetto debole, solo con riferimento al patrimonio affidato allora esistente.

#### ART. 14.

*(Tutela dei creditori dell'affidante).*

1. L'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, si propone:

*a)* qualora l'affidamento sia ancora in essere, nei confronti dell'affidatario;

*b)* qualora l'affidamento abbia avuto termine, nei confronti di chi abbia ricevuto il patrimonio affidato come se lo avesse ricevuto direttamente dall'affidante.

2. Qualora sia esperita azione revocatoria ordinaria è sufficiente che le condizioni di cui all'articolo 2901 del codice civile ricorrano nei confronti dell'affidatario o dei beneficiari.

3. Qualora sia esperita azione revocatoria fallimentare è sufficiente che le con-



dizioni di cui all'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, ricorrano nei confronti dell'affidatario o dei beneficiari.

ART. 15.

*(Prova testimoniale).*

1. Nelle controversie fra un beneficiario e l'affidatario o gli aventi causa di questi la prova per testimoni è ammessa senza limitazione, qualunque sia la domanda proposta.

ART. 16.

*(Competenza dell'autorità giudiziaria).*

1. Il tribunale del luogo in cui un affidatario ha il proprio domicilio, provvedendo in camera di consiglio con decreto motivato, può, su ricorso di qualsiasi interessato o del pubblico ministero:

*a)* esonerare un affidatario per gravi irregolarità nell'adempimento dei suoi obblighi, per inidoneità all'ufficio o per avere commesso azione che ne menomi la fiducia e, se richiesto, può nominare un altro affidatario;

*b)* nominare un affidatario e dettare qualsiasi disposizione ritenga opportuna qualora l'affidatario sia venuto meno o stia per venire meno e il negozio di affidamento fiduciario non preveda il modo della sua sostituzione.

2. Con la medesima procedura di cui al comma 1, il tribunale del luogo in cui un affidatario ha il proprio domicilio può, su ricorso di un beneficiario o dell'affidatario:

*a)* esonerare un guardiano per avere commesso azione che ne menoma la fiducia e, se richiesto, nominare un altro guardiano;

*b)* impartire direttive all'affidatario su qualsiasi materia;

c) modificare qualsiasi disposizione del negozio di affidamento fiduciario qualora ritenga che ciò sia opportuno per la migliore realizzazione delle finalità dell'affidamento fiduciario.

#### CAPO IV

#### DISPOSIZIONI TRIBUTARIE

#### ART. 17.

*(Imposta di registro).*

1. Alla tariffa, parte I, allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 9 è aggiunto il seguente:

« ART. 9-*bis*. — 1. Atti di natura traslativa senza corrispettivo in favore di affidatario: euro 168,00.

2. Atti di natura dichiarativa dell'esistenza di un negozio di affidamento fiduciario, del quale il dichiarante è affidatario: euro 168,00.

3. Atti di natura traslativa compiuti da un affidatario in favore di chi gli succede nell'ufficio o si aggiunge ai componenti l'ufficio: euro 168,00.

4. Atti di natura traslativa compiuti dall'affidatario in favore di beneficiari del negozio di affidamento fiduciario o degli altri soggetti ai quali compete il diritto di ricevere beni in *trust*:

1) qualora l'affidatario trasferisca all'originario affidante: euro 168,00;

2) nei casi diversi da quello di cui al numero 1, le stesse imposte che sarebbero dovute in caso di trasferimento diretto da parte dell'affidante »;

b) all'articolo 11 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « ; atti pubblici e scritture private autenticate aventi per oggetto negozi di affidamento fiduciario, l'accettazione, la nomina, la revoca, le dimissioni di affidatari ».

ART. 18.

*(Imposte ipotecarie e catastali).*

1. Al testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecarie e catastali, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2, dopo il comma 2-*bis*, sono aggiunti i seguenti:

« 2-*ter*. Per la trascrizione degli atti di trasferimento di diritti reali in favore di un affidatario l'imposta è dovuta nella misura fissa.

2-*quater*. Per la trascrizione degli atti di trasferimento di diritti reali qualora l'affidatario trasferisca all'originario affidante l'imposta è dovuta nella misura fissa »;

b) all'articolo 10, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

« 2-*bis*. L'imposta è dovuta nella misura fissa per le volture eseguite in dipendenza degli atti indicati dall'articolo 2, commi 2-*ter* e 2-*quater* ».

ART. 19.

*(Imposte sui redditi).*

1. Al testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 73, in materia di soggetti passivi all'imposta sul reddito delle società, al comma 2, primo periodo, dopo le parole: « i consorzi » sono inserite le seguenti: « , i patrimoni conferiti in affidamento fiduciario »;

**Legislazione**

b) all'articolo 44, in materia di redditi di capitale, dopo il comma 1 è inserito il seguente:

« *1-bis.* Le attribuzioni ai beneficiari in esecuzione di negozi di affidamento fiduciario non concorrono alla formazione del reddito dei beneficiari stessi se l'affidatario non risiede in Stati o in territori aventi un regime fiscale privilegiato, individuati con il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui all'articolo 110, comma 10 »;

c) all'articolo 86, in materia di plusvalenze patrimoniali, dopo il comma 5-*bis* è aggiunto il seguente:

« *5-ter.* Ferme restando le disposizioni del presente articolo, il trasferimento a un affidatario di beni relativi all'impresa, di aziende e di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa non costituisce realizzo di plusvalenze o di minusvalenze né destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa qualora il negozio di affidamento fiduciario abbia funzione di garanzia per l'adempimento di obbligazioni relative all'esercizio dell'impresa, preveda la restituzione all'affidante di tali beni o di quelli esistenti al termine dell'affidamento e l'affidante iscriva in bilancio una immobilizzazione corrispondente al costo fiscalmente riconosciuto dei beni affidati ».

**ART. 20.**

*(Responsabile di imposta).*

1. L'affidatario è responsabile delle imposte dovute dal patrimonio affidato e, qualora paghi con mezzi propri, ha diritto di rivalsa.

**ART. 21.**

*(Codice fiscale).*

1. Le disposizioni relative al codice fiscale dei contribuenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 29 settem-

bre 1973, n. 605, e successive modificazioni, si applicano ai patrimoni affidati.

2. La domanda di attribuzione del codice fiscale è presentata dall'affidatario e ad essa si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 1, lettera *b*), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605, e successive modificazioni.

3. Il mutamento dell'affidatario non comporta modificazione del codice fiscale dei patrimoni affidati.

# La fiducia successoria nella legge aragonesa

Spagna

Pubblichiamo qui di seguito un estratto della legge aragonesa del 24 febbraio 1999, n. 1, intitolata "De sucesiones por causa de muerte".

(omissis)

## Titulo IV De la fiducia sucesoria

### Capitulo I Disposiciones generales

#### Artículo 124.- *Comitente.*

Todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente. Nombrados varios sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto.

#### Artículo 125.- *Fiduciarios.*

1. El fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante.

2. Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

3. El cargo es voluntario y gratuito, salvo que el causante hubiese previsto que fuera retribuido; las facultades del fiduciario se entenderá que tienen carácter personalísimo.

#### Artículo 126.- *Subsidiariedad.*

Salvo expresa autorización del comitente, el fiduciario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento.

#### Artículo 127.- *Forma del nombramiento.*

La designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública.

#### Artículo 128.- *Revocación del nombramiento.*

1. El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.

2. El nombramiento de nuevo fiduciario producirá la revocación de los anteriormente designados, a no ser que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente.

#### Artículo 129.- *Plazo.*

1. El fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente.

2. A falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años, pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida.

3. En los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años.

4. Los plazos que establece este artículo son de caducidad.

#### Artículo 130.- *Cómputo del plazo.*

Los plazos expresados en el artículo anterior se computarán:

a) Desde el fallecimiento del causante. Si al fallecimiento del causante existen legitimarios de grado preferente menores de edad, el plazo de ejecución de la fiducia no finalizará hasta que transcurran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos.

b) En las fiducias sucesivas, desde que legalmente sea posible su ejecución.

c) En el caso de reiteración del llamamiento, desde que el anterior resulte ineficaz.

#### Artículo 131.- *Prórroga del plazo.*

En todo caso, los fiduciarios podrán solicitar antes de que caduque al Juez la prórroga del plazo establecido, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá concederla, mediando justa causa, hasta un máximo de dos años.

#### Artículo 132.- *Reducción del plazo.*

Salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo, cualquier persona con interés legítimo puede solicitar del Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, señale un plazo más breve del que en principio corresponda, si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario.

#### Artículo 133.- *Delación.*

1. A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción.

2. Mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.

### Capitulo II

#### La herencia pendiente de asignación

#### Artículo 134.- *Administrador y representante.*

1. Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá:

1.º Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad.

2.º Al fiduciario o fiduciarios.

2. En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios si el causante no hubiera designado un administrador.

**Artículo 135.- Inventario.**

1. En el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, el administrador deberá formalizar en escritura pública un inventario comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión.

2. Mediando causa justificada, el administrador podrá solicitar del Juez una prórroga para su realización.

3. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

4. Transcurrido el plazo para realizar el inventario sin que el administrador lo haya formalizado, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado, o cualquier otro interesado en la herencia, podrá solicitar del Juez que le requiera para que lo formalice. El Juez, previa audiencia del administrador, le concederá un nuevo plazo por el tiempo que estime oportuno, con apercibimiento de que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir.

**Artículo 136.- Obligaciones y cargas.**

Se pagarán con cargo al caudal relicto:

- a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.
- b) Las cargas y deudas de la herencia.
- c) Los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.

**Artículo 137.- Contenido de la administración y representación.**

1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.

2. En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario.

**Artículo 138.- Facultades de disposición.**

1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes

o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.

2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

3. El fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados.

**Artículo 139.- Disposición habiendo legitimarios**

Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.

[Artículo redactado conforme a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad].

**Artículo 140.- Facultades de liquidación.**

El fiduciario podrá solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta.

**Capítulo III  
Ejecución de la fiducia**

**Artículo 141.- Forma.**

1. La fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto *inter vivos* formalizado en escritura pública.

2. Cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo.

**Artículo 142.- Modo de actuar.**

1. Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante.

2. El fiduciario podrá hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiere dispuesto otra cosa.

3. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación.

**Artículo 143.- Eficacia.**

1. Los actos *inter vivos* que en ejecución de la fiducia realicen los fiduciarios serán irrevocables.

2. No obstante, podrá reiterarse el llamamiento si resulta ineficaz la atribución porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarla, o porque sea declarada nula.

**Legislazione**

3. Los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables y no impiden la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario con posterioridad.

**Artículo 144.-** *Integrantes de la fiducia colectiva.*

1. De la fiducia colectiva formará parte también el cónyuge viudo si el comitente no lo ha excluido expresamente y existen solamente descendientes comunes.

2. Establecida la fiducia a favor de parientes, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entenderán llamados, hasta un número de tres, los que tengan capacidad para ser fiduciarios, con el siguiente orden de prelación:

1.º Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea.

2.º Hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor.

3.º Los colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez, oído el Ministerio Fiscal.

**Artículo 145.-** *Ejecución de la fiducia colectiva.*

1. A falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución total o parcial de la fiducia se tomarán por mayoría de los fiduciarios en acto al que habrán de ser convocados todos ellos.

2. Al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios. No obstante, bastará con que concurra la mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios.

**Artículo 146.-** *Sucesión de la casa.*

1. En los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento, la elección deberá efectuarse por el cónyuge sobreviviente, y, en su defecto o cuando éste hubiere fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al artículo 144.

2. La elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y, en su defecto, en uno de los parientes

de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado.

**Capítulo IV**  
**Extinción****Artículo 147.-** *Pérdida de la condición de fiduciario.*

La condición de fiduciario se pierde:

a) Por las causas establecidas por el causante.

b) Por expirar el plazo establecido para su ejecución.

c) Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente.

d) Por renuncia del fiduciario. Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación.

e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa.

f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder.

**Artículo 148.-** *Extinción de la fiducia.*

1. En la fiducia individual, la pérdida de la condición de fiduciario producirá la extinción de la misma, salvo que proceda el llamamiento de otro fiduciario en los casos de fiducia sucesiva. En todo caso, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario, salvo los de disposición que el cónyuge viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del artículo anterior.

2. Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 144, no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque sólo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa.

(omissis)



## L'abuso dei paradisi fiscali: la visione americana

Stati Uniti

**Pubblichiamo qui di seguito l'introduzione e i primi due punti del rapporto del 1° agosto 2006 del Permanent Subcommittee of Investigations del Senato degli Stati Uniti d'America intitolato "Tax Haven Abuses: the Enablers, the Tools and Secrecy".**

Offshore tax havens and secrecy jurisdictions today hold trillions of dollars in assets(1). While these jurisdictions claim to offer clients financial privacy, limited regulation, and low or no taxes, too often these jurisdictions have instead become havens for tax evasion, financial fraud, and money laundering. A sophisticated offshore industry, composed of a cadre of international professionals including tax attorneys, accountants, bankers, brokers, corporate service providers, and trust administrators, aggressively promotes offshore jurisdictions to U.S. citizens as a means to avoid taxes and creditors in their home jurisdictions. These professionals, many of whom are located or do business in the United States, advise and assist U.S. citizens on opening offshore accounts, establishing sham trusts and shell corporations, hiding assets offshore, and making secret use of their offshore assets here at home. Experts estimate that Americans now have more than \$1 trillion in assets offshore(2) and illegally evade between \$40 and \$70 billion in U.S. taxes each year through the use of offshore tax schemes(3).

Utilizing tax haven secrecy laws and practices that limit corporate, bank, and financial disclosures, financial professionals often use offshore tax haven jurisdictions as a "black box" to hide assets and transactions from the Internal Revenue Service ("IRS"), other U.S. regulators, and law enforcement. This Report is an attempt to open that black box and expose how offshore and U.S. financial professionals are helping U.S. citizens conceal and secretly utilize offshore assets, while undermining, circumventing, or violating U.S. tax, securities, and anti-money laundering laws.

Offshore abuses are not a new story. In 1983, this Subcommittee investigated some of the same problems going on today(4). News accounts regularly describe U.S. persons and businesses using offshore entities to commit tax evasion, financial fraud, and

money laundering. In 2001, this Subcommittee took testimony from a U.S. owner of a Cayman Island offshore bank who estimated that 100% of his clients were engaged in tax evasion, and 95% were U.S. citizens(5).

The evidence is overwhelming that inaction in combating offshore abuses has resulted in their growing more widespread and reaching new levels of sophistication. In 2000, Enron Corporation established over 441 offshore entities in the Cayman Islands(6). In 2003, the IRS estimated that 500,000 U.S. taxpayers had offshore bank accounts and were

**Note:**

(1) See, e.g., "The Price of Offshore," Tax Justice Network briefing paper (3/05)(estimating that offshore assets of high net worth individuals now total \$11.5 trillion); "International Narcotics Control Strategy Report," U.S. Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs (3/00), at 565-66 (identifying more than 50 offshore jurisdictions with assets totaling \$4 .8 trillion). The Cayman Islands alone are now the fifth largest financial center in world.

(2) "The Price of Offshore," Tax Justice Network briefing paper (3/05)(estimating that offshore assets of high net worth individuals from North America total about \$1.6 trillion).

(3) See, e.g., Joe Guttentag and Reuven Avi-Yonah, "Closing the International Tax Gap," in Max B. Sawicky, ed., *Bridging the Tax Gap: Addressing the Crisis in Federal Tax Administration* (2006). The \$40 to \$70 billion figure is intended to describe illegal tax evasion by mostly individual U.S. taxpayers using offshore tax schemes; illegal tax evasion by corporations using offshore tax schemes such as transfer pricing and offshore tax shelters would increase the total still further. Id. The IRS has estimated that corporate offshore tax evasion in 2001 totaled about \$30 billion. Id.

(4) See "Crime and Secrecy: the Use of Offshore Banks and Companies," hearing before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations, S.Hrg. 98-151 (March 15, 16 and May 24, 1983).

(5) "Role of U.S. Correspondent Banking in International Money Laundering," hearing before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations, S.Hrg. 107-84, (March 1, 2 and 6, 2001), testimony of John M. Mathewson, at 12-13.

(6) See 2000 Form 10-k filed with the SEC by Enron, Exhibit 21; "Report of Investigation of Enron Corporation and Related Entities Regarding Federal Tax and Compensation Issues, and Policy Recommendations", prepared by Joint Committee on Taxation staff (2/03), at 375.

## Prassi negoziale

accessing the funds with offshore credit cards(7). A 2004 report found that U.S. multinational corporations are increasingly attributing their profits to offshore jurisdictions, allocating \$150 billion in 2002 profits to 18 offshore jurisdictions, for example, up from \$88 billion just three years earlier(8). A 2005 study of high net worth individuals worldwide estimated that their offshore assets now total \$11.5 trillion(9).

This Report examines the offshore industry behind these statistics, including the role of offshore service providers, the interactions between offshore and U.S. professionals who help to establish and manage offshore entities, and the range of sophisticated schemes being used today to enable U.S. citizens to hide and secretly utilize offshore assets.

To illustrate the issues, this Report presents six case histories showing how U.S. citizens, with the backing of an armada of professionals, hide assets, shift income offshore, or use offshore entities to circumvent U.S. laws. The first case history examines an offshore promoter located in the United States who recruited clients through the internet and helped them create offshore structures. The second case history examines an offshore promoter who developed a how-to manual for going offshore and one of his U.S. clients who used that manual to move his assets to multiple tax havens. The third case history examines a U.S. businessman who, with the guidance of a prominent offshore promoter, moved between \$400,000 and \$500,000 in untaxed business income offshore. These cases demonstrate the use of phony loans, billing schemes, offshore credit cards, and other methods to take funds offshore to avoid taxes and creditors, and bring them back into the United States.

The fourth case history examines actions taken by a wealthy American to hide about \$450 million in stock and cash offshore by disguising his ownership of the corporations that held those assets. The fifth case history examines a complex securities transaction, known as POINT, which was aimed at sheltering over \$2 billion in capital gains from U.S. taxes, relying in part on offshore secrecy to shield its workings from U.S. law enforcement. The sixth, and final, case history examines two U.S. citizens who moved about \$190 million in stock option compensation offshore using a complex array of 58 offshore trusts and corporations, and utilized a wide range of offshore mechanisms to exercise direction over these

assets and over \$600 million in investment gains. Together, these case histories raise a wide range of U.S. tax avoidance, securities laws, and anti-money laundering concerns.

### I. Executive Summary

#### A. Subcommittee Investigation

The Subcommittee began this investigation into offshore abuses over one year ago. Over that time period, the Subcommittee has consulted with numerous experts in the areas of tax, securities, trust, anti-money laundering, and international law. The Subcommittee issued 74 subpoenas and conducted more than 80 interviews with a range of parties related to the issues and case histories examined in this Report. The Subcommittee reviewed over two million pages of documents, including memoranda, trust agreements, internal financial records, correspondence, and electronic communications, as well as materials in the public domain, such as legal pleadings, court documents, and SEC filings.

#### B. Overview of Case Histories

This Report sets forth several case histories to lend insight into the operation of the offshore industry, its service providers and clients, and the impact of offshore abuses on U.S. tax, security, and anti-money laundering laws.

#### EDG: An Internet-Based Offshore Promoter.

This case history examines an offshore promoter located in the United States who recruited clients through the internet and helped them create offshore structures. Equity Development Group (“EDG”) is a company based in Dallas, Texas; its president, Samuel Congdon, is a U.S. citizen. Over the past six years, EDG utilized the internet to provide about 900 mainly American clients, many of relatively modest wealth, with the type of offshore services previously available primarily to high-net-worth individuals. With few resources, no employees, and only nine

#### Note:

(7) “Challenges Remain in Combating Abusive Tax Schemes,” report by the Government Accountability Office to U.S. Senate Finance Committee, No. GAO-04-50 (11/03) at 1.

(8) “Data Show Dramatic Shift of Profits to Tax Havens,” Tax Notes (9/13/04). See also “Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom,” Tax Notes (2/27/06).

(9) “The Price of Offshore,” Tax Justice Network briefing paper (3/05).

months prior experience in the industry, Mr. Congdon was able to quickly create and promote an online offshore facilitation business that provided a one-stop-shop for persons looking to establish an offshore structure. Mr. Congdon rarely met his clients, did not work with their lawyers or accountants, and seldom inquired into their intent. EDG told prospective clients that regardless of the offshore structures established for them, the client would retain full control of their offshore funds. Mr. Congdon told the Subcommittee that, in six years of operation, he could recall only one instance in which an offshore service provider declined to comply with a client instruction, in that case refusing to supply a sworn affidavit attesting to facts for a lawsuit. By connecting his clients with offshore banks and companies that establish and manage offshore trusts and corporations, and by acting as a liaison between his clients and the offshore service providers, Mr. Congdon enabled his clients to move assets offshore, maintain control of them, obscure their ownership, and conceal their existence from family, courts, creditors, the IRS, and other government agencies.

**Turpen-Holliday: A How-To Manual.** This case history examines an offshore promoter who developed a how-to manual for going offshore and one of his U.S. clients who used that manual to move his assets to multiple tax havens. The promoter, Dr. Lawrence Turpen, of Reno, Nevada, specialized in offshore transactions, publishing a book on the subject in addition to his manual. He provided a wide range of services to his clients, facilitating their creation of offshore entities and accounts. One of his clients, Robert F. Holliday, used the how to manual and Dr. Turpen's other services to establish shell corporations and trusts, both in offshore tax havens and in Nevada. Dr. Turpen selected offshore service providers that supplied nominee directors and trustees for Holliday's new entities, promising Mr. Holliday that they would comply with his directions. Mr. Holliday told the Subcommittee that he was the "puppet master" who instructed the offshore personnel on how to handle his offshore assets. Mr. Holliday did not include the offshore assets and income in his tax returns, even though under U.S. tax law, if he controlled them, he was required to report them.

On Dr. Turpen's suggestion, Mr. Holliday hid his ownership of the offshore assets by owning no shares in the shell corporations. Instead, the nominee di-

rectors appointed him a "management consultant" to the corporations, with authority to make business decisions and use corporate funds. Mr. Holliday typically transferred funds offshore by paying bills for fictitious services provided by the Nevada company which, in turn, paid fictitious bills presented by the offshore company. For example, Mr. Holliday transferred about \$450,000 in untaxed income to an Isle of Man shell corporation he controlled in payment for non-existent feasibility studies. To make use of the funds placed offshore, Mr. Holliday paid his bills using a credit card issued by an offshore bank, directed the offshore companies to pay designated expenses, and instructed the Nevada companies to borrow money from his offshore entities. These efforts allowed Mr. Holliday to conceal his income from the IRS, while enjoying control and use of the money. In 2004, both Mr. Holliday and Dr. Turpen pled guilty to tax-related conspiracy charges.

**Greaves-Neal: Moving U.S. Business Income Offshore.** This case history examines a U.S. businessman who, with the guidance of a prominent offshore promoter, moved between \$400,000 and \$500,000 in untaxed business income offshore. Kurt Greaves, a Michigan businessman, told the Subcommittee that he first contacted Terry Neal, an offshore promoter based in Oregon, after seeing an advertisement for offshore services in an in-flight magazine. Under Mr. Neal's guidance, Mr. Greaves used a variety of sham transactions to transfer untaxed business income offshore without giving up the ability to use and manage those funds. Mr. Greaves told the Subcommittee that all of the offshore service providers who managed his offshore corporations readily complied with his requests on how to handle his assets, even though he did not technically own any shares in the offshore corporations. He said that the offshore service providers even fabricated documents to support fictitious tax deductions, including a phony mortgage and insurance policy. Like Mr. Holliday, Mr. Greaves established shell corporations in Nevada as an additional layer of separation between him and his offshore assets, and arranged for fictitious bills and loans to move funds between his Nevada and offshore entities. On one occasion, Mr. Greaves tried to visit an offshore service provider he used in Nevis. He told the Subcommittee that he found the office in a small stone building on the beach near the docks. He said that when he knocked on the door, the woman

**Prassi negoziale**

who answered, whose voice he recognized from telephone conversations, refused to let him inside, discouraging personal contact. Though this offshore service provider would not allow Mr. Greaves into its office, it provided the services he needed to evade U.S. taxes. In 2004, both Mr. Greaves and Mr. Neal pled guilty to charges related to federal tax evasion.

**Anderson: Hiding Offshore Ownership.** This case history examines actions allegedly taken by a wealthy American to hide hundreds of millions of dollars in stock and cash offshore by disguising his ownership of the corporations that controlled those assets and failing to pay taxes on those assets. Walter C. Anderson was indicted for tax evasion in 2005, and is now awaiting trial. The government has developed evidence that Mr. Anderson took advantage of secrecy laws in multiple tax haven countries to create a structure of offshore corporations and trusts. According to the indictment, through a series of assignments, sales, and transfers, Mr. Anderson placed into these offshore entities about \$450 million in cash and stock, including large interests in telecommunications firms. He allegedly disguised his ownership of these assets through a range of techniques including shell companies, bearer shares, and nominee directors and trustees. In one instance, according to the indictment, Mr. Anderson set up an offshore shell corporation in the British Virgin Islands, gave its shares to a second shell corporation he established in the same jurisdiction, and had the second corporation send the shares to a bearer-share corporation in Panama, which he controlled. The government stated that it seized a document granting Mr. Anderson's mother the exclusive option to purchase, for \$9,900, ninety-nine percent of the bearer share corporation which then held assets worth millions of dollars. According to the indictment, Mr. Anderson used these methods to evade more than \$200 million in Federal and District of Columbia income taxes.

**Point: Offshore Securities Portfolio.** This case history examines a complex securities transaction used to shelter over \$2 billion in capital gains from U.S. taxes, relying in part on offshore secrecy to shield its workings from U.S. law enforcement. In contrast to the case histories examining offshore structures used over a period of years, this inquiry focuses on the use of offshore secrecy jurisdictions to facilitate one-time tax shelter transactions. The tax

shelter was designed, promoted, and implemented by a Seattle-based securities firm, Quellos Group, LLC, ("Quellos"), with the assistance of lawyers, bankers, and other professionals. Quellos sold the shelter, called POINT (Personally Optimized INvestment Transaction), to five wealthy clients in six separate transactions. Together, the tax shelters were used in an effort to erase over \$2 billion in capital gains that would otherwise have been taxed, costing the U.S. Treasury lost revenue of about \$300 million.

The Subcommittee found that the POINT tax strategy was based upon billions of dollars worth of fake securities transactions that were used to generate billions of dollars in fake capital losses to offset real taxable capital gains of U.S. taxpayers so they could avoid paying taxes to the U.S. Treasury. The fake securities transactions were undertaken by two offshore shell corporations in the Isle of Man, Jackstones and Barnville, whose ownership has been kept secret. The transactions were carried out by compliant offshore administrators and trustees, since the corporations had no employees of their own. Using circular transactions and offsetting payments that cancelled each other out, these offshore corporations created a paper portfolio of over \$9 billion in U.S. high tech stocks that appeared to suffer price drops and generated the fake capital losses used in the POINT transactions. The fees charged by Quellos depended upon the amount of tax loss generated in each transaction for the taxpayer who bought the shelter; the more money the taxpayer "lost" from the transaction, the more Quellos charged for the scheme.

Five U.S. taxpayers, including Haim Saban and Robert Wood Johnson IV, purchased the tax shelter, paying fees totaling approximately \$65 million. Prominent law firms, such as Cravath, Swaine & Moore and Bryan Cave, provided written tax opinion letters affirming that it was "more likely than not" that the Quellos plan would produce the favorable tax consequences promised, and collaborated with Quellos on its design or implementation. The factual statements used to support the legal analysis in the opinion letters inaccurately described the nature of the securities transactions generating the capital losses. The law firms accepted the representations of Quellos on these matters without inquiring behind them. Prominent U.S. and foreign financial institutions, including HSBC, provided financing for the POINT transactions, without conducting adequate due diligence

into the underlying transactions. Some communications involving persons who helped design, promote, and implement the tax shelter indicate that they may have deliberately hidden key aspects of the POINT transaction from the clients, lawyers, and financial institutions who participated in them.

**Wyls: 58 Offshore Trusts and Corporations.**

The sixth, and final, case history comprises the most elaborate offshore operations reviewed by the Subcommittee. Over a thirteen-year period from 1992 to 2005, two U.S. citizens, Sam and Charles Wyly, assisted by an army of attorneys, brokers, and other professionals, transferred over 17 million stock options and warrants representing approximately \$190 million in compensation to a complex array of 58 trusts and shell corporations. The offshore trusts had either been established by the Wyls or named them as beneficiaries; the trusts owned the shell corporations that took possession of the stock options and warrants. In return, the Wyls obtained private annuity agreements from the offshore corporations. The Wyls took the position, on the advice of counsel, that because they had exchanged their stock options for annuities of equivalent value, no tax was due on their stock option compensation, until they received actual annuity payments years later. The first annuity payment was made ten years later in 2003. To date, about \$124 million in stock option compensation remains offshore and untaxed.

From 1992 through 2004, the Wyls and their representatives directed the offshore entities on exercising the stock options and warrants, and engaging in a wide range of securities trades and other transactions. The Wyls and their representatives conveyed their decisions to two individuals the Wyls had selected, called "trust protectors," who communicated the decisions, worded as "recommendations," to the offshore trustees, who implemented them. In addition to cashing in many of the options, the offshore entities used the cash and shares to generate substantial investment gains. The Wyls did not pay taxes on these gains, on advice from counsel, even though the U.S. tax code generally requires that income earned by a trust controlled by a U.S. person who funded or is a beneficiary of the trust be attributed to that U.S. person for tax purposes. The Wyly legal position was that the offshore trusts were independent entities. Over the thirteen years examined in this Report, the offshore entities used more than

\$600 million from untaxed stock sales and other investment gains to issue substantial loans to Wyly interests, finance Wyly-related business ventures, and acquire U.S. real estate, furnishings, art, and jewelry for the personal use of Wyly family members. The offshore entities placed nearly \$300 million of these offshore dollars in two hedge funds and an investment fund established by the Wyls.

The stock options exercised by the offshore entities came from three publicly traded corporations with which the Wyls were associated, Michaels Stores Inc., Sterling Software Inc., and Sterling Commerce Inc. In addition to the tax issues, a key concern is whether, by sending millions of company stock options and warrants to offshore entities whose investments they directed, the Wyls were using offshore secrecy laws to circumvent basic U.S. principles intended to ensure fair and transparent capital markets, including disclosure requirements for major shareholders, trading restrictions on privately acquired shares, and prohibitions against trading on non-public information. For most of the thirteen years examined in this Report, U.S. securities regulators and the investing public were not informed of the extent of the Wyly-related offshore stock holdings and trading activity.

The Wyly transactions also raise issues related to compliance with anti-money laundering laws. Over the years, the 58 offshore trusts and corporations opened securities accounts at three prominent U.S. financial institutions, Credit Suisse First Boston ("CSFB"), Lehman Brothers, and Bank of America. All three financial institutions knew that the offshore entities were associated with the Wyly family, but never required the offshore entities to identify their beneficial owners. By 2003, when Bank of America had the accounts, the law was clear that the Bank had to identify the beneficial owners. Despite being pressed for nearly a year by its clearing broker to do so, Bank of America allowed the accounts to operate without obtaining the information required by law. In addition, when for tax purposes, the Wyly-related offshore entities submitted forms representing they were independent foreign entities not subject to IRS 1099 reporting requirements for U.S. taxpayers, Bank of America accepted the forms, despite knowing the Wyls were directing the offshore entities' investments and benefitting from their account income. Had the offshore entities acknowledged that the Wyls were the beneficial owners of the offshore

## Prassi negoziale

trusts and corporations for purposes of complying with the anti-money laundering laws, and allowed their connection to the Wyllys be documented at Bank of America, it would have been harder for the Wyllys to deny a connection to these entities for tax and securities purposes.

Many of the offshore mechanisms used in this case history raise serious tax, securities, or other concerns, including the stock option-annuity swaps; pass-through loans using an offshore vehicle; securities traded by offshore entities associated with corporate insiders; and the use of hedge funds and other investment vehicles to control use of funds placed offshore. Sam and Charles Wyly reaped a number of benefits from their offshore activities, including attempted deferral of taxes on their stock option compensation, nonpayment of taxes on hundreds of millions of dollars in offshore capital gains by entities they directed, a ready source of capital for their business ventures in the United States, and a ready source of funds to finance their personal interests. Among those impacted by the Wyly offshore activities are the U.S. Treasury, U.S. taxpayers who have to make up the lost revenue, and the investing public who were kept in the dark about the offshore stock holdings and trading activity of entities controlled by the directors of three publicly traded corporations.

### C. Findings and Recommendations

Based upon its investigation into offshore abuses undermining U.S. tax, securities, and anti-money laundering laws, the Subcommittee staff makes the following findings and recommendations.

#### Report Findings

**1. Control of Offshore Assets.** Offshore “service providers” in tax havens use trustees, directors, and officers who comply with client directions when managing offshore trusts or shell corporations established by those clients; the offshore trusts and shell corporations do not act independently.

**2. Tax Haven Secrecy.** Corporate and financial secrecy laws and practices in offshore tax havens make it easy to conceal and obscure the economic realities underlying a great number of financial transactions with unfair results unintended under U.S. tax and securities laws.

#### 3. Ascertaining Control and Beneficial Owner-

**ship.** Corporate and financial secrecy laws and practices in offshore tax havens are intended to make it difficult for U.S. law enforcement, creditors, and others to learn whether a U.S. person owns or controls an allegedly independent offshore trust or corporation. They also intentionally make it difficult to identify the beneficial owners of offshore entities.

**4. Offshore Tax Haven Abuses.** U.S. persons, with the assistance of lawyers, brokers, bankers, offshore service providers, and others, are using offshore trusts and shell corporations in offshore tax havens to circumvent U.S. tax, securities, and anti-money laundering requirements.

**5. Anti-Money Laundering Abuses.** U.S. financial institutions have failed to identify the beneficial owners of offshore trusts and corporations that opened U.S. securities accounts, and have accepted W-8 forms in which offshore entities represented that they beneficially owned the account assets, even when the financial institutions knew the offshore entities were being directed by or were closely associated with U.S. taxpayers.

**6. Securities Abuses.** Corporate insiders at U.S. publicly traded corporations have used offshore entities to trade in the company’s stock, and these offshore entities have taken actions to circumvent U.S. securities safeguards and disclosure and trading requirements.

**7. Stock Option Abuses.** Because stock option compensation is taxed when exercised, and not when granted, stock options have been used in potentially abusive transactions to defer and in some cases avoid U.S. taxes.

**8. Hedge Fund Transfers.** U.S. persons who transferred assets to allegedly independent offshore entities in a tax haven have then directed those offshore entities to invest the assets in a hedge fund controlled by the same U.S. persons, thereby regaining investment control of the assets.

#### Report Recommendations

**1. Presumption of Control.** U.S. tax, securities, and anti-money laundering laws should include a presumption that offshore trusts and shell corporations are under the control of the U.S. persons sup-

plying or directing the use of the offshore assets, where those trusts or shell corporations are located in a jurisdiction designated as a tax haven by the U.S. Treasury Secretary.

**2. Disclosure of U.S. Stock Holdings.** U.S. publicly traded corporations should be required to disclose in their SEC filings company stock held by an offshore trust or shell corporation related to a company director, officer, or large shareholder, even if the offshore entity is allegedly independent. Corporate insiders should be required to make the same disclosure in their SEC filings.

**3. Offshore Entities as Affiliates.** An offshore trust or shell corporation related to a director, officer, or large shareholder of a U.S. publicly traded corporation should be required to be treated as an affiliate of that corporation, even if the offshore entity is allegedly independent.

**4. 1099 Reporting.** Congress and the IRS should make it clear that a U.S. financial institution that opens an account for a foreign trust or shell corporation and determines, as part of its anti-money laundering duties, that the beneficial owner of the account is a U.S. taxpayer, must file a 1099 form with respect to that beneficial owner.

**5. Real Estate and Personal Property.** Loans that are treated as trust distributions under U.S. tax law should be expanded to include, not just cash and securities as under present law, but also loans of real estate and personal property of any kind including artwork, furnishings and jewelry. Receipt of cash or other property from a foreign trust, other than in an exchange for fair market value, should also result in treatment of the U.S. person as a U.S. beneficiary.

**6. Hedge Fund AML Duties.** The Treasury Secretary should finalize a proposed regulation requiring hedge funds to establish anti-money laundering programs and report suspicious transactions to U.S. law enforcement. This regulation should apply to foreignbased hedge funds that are affiliated with U.S. hedge funds and invest in the United States.

**7. Stock Option-Annuity Swaps.** Congress and the IRS should make it clear that taxes on stock option compensation cannot be avoided or deferred by

exchanging stock options for other assets of equivalent value such as private annuities.

**8. Sanctions on Uncooperative Tax Havens.** Congress should authorize the Treasury Secretary to identify tax havens that do not cooperate with U.S. tax enforcement efforts and eliminate U.S. tax benefits for income attributed to those jurisdictions.

## II. The Offshore Industry

The business of promoting, developing, and administering offshore financial services has become a massive and complex industry. The range of services and products available offshore now parallels what is available domestically, but offshore service providers typically advertise a level of secrecy and tax avoidance that cannot be found onshore. This Report presents a number of case studies that illustrate the roles played by offshore promoters and service providers, the products and services they offer, and how they interact with United States persons to hide assets and shift income offshore.

Components of the offshore industry can be summarized as follows.

**Offshore Jurisdictions.** First and foremost, the offshore industry relies upon jurisdictions that promise secrecy and anonymity to persons doing business in their territories. At least fifty such jurisdictions are operating in the world today<sup>(10)</sup>, and the extent to which an offshore jurisdiction maintains secrecy laws and practices is typically used as a key selling point for persons considering moving their assets offshore. These jurisdictions typically provide several layers of secrecy protections to persons transacting business with their residents. U.S. law enforcement typically is not even aware that an offshore entity or account exists. Once a regulatory or law enforcement agency does become aware of the entity or account, most offshore jurisdictions require a long and cumbersome process in order to gain access

.....  
**Note:**

(10) See, e.g., "International Narcotics Control Strategy Report," U.S. Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs (3/00), at 574-77 (identifying more than fifty offshore jurisdictions). It should also be noted that most states in the United States allow persons to create corporations without providing beneficial ownership information. See GAO Report 06-376, *Company Formations: Minimal Ownership Information is Collected and Available*, 4/06, <http://www.gao.gov/new.items/d06376.pdf>.

## Prassi negoziale

to any important information, such as the identities of an offshore corporation's beneficial owners or a trust's grantors and beneficiaries. In many offshore jurisdictions it is a crime for a bank or other financial institution to divulge the names of account holders or client-specific financial transactions outside of this prolonged process. Moreover, a private party with a claim against an offshore entity, such as a plaintiff with a civil judgment, faces huge legal and logistic hurdles to find or access offshore accounts and assets.

In addition to corporate, financial, and trust secrecy, the legal regimes of offshore jurisdictions typically place restrictions on assisting international tax enforcement efforts. Most of these jurisdictions impose little or no taxes on nonresidents. Until recently, many offshore jurisdictions refused to cooperate with international law enforcement requests for information related to tax matters, because tax evasion was not considered a crime within the jurisdiction itself. In addition, offshore regulators do not have the ability to easily monitor individual transactions by the offshore service providers.

International organizations have expressed concern over the lack of information exchange on tax matters, as well as poor cooperation with international anti-money laundering investigations, and have taken action to pressure non-cooperative jurisdictions(11). In response, in recent years, some offshore jurisdictions have improved their anti-money laundering laws and signed tax information exchange agreements with other governments. However, the heavy dependence of offshore jurisdictions on their financial sectors invites poor implementation of these reforms and weak government oversight.

**Offshore Promoters.** The transfer of funds offshore often begins with an offshore promoter. Promoters are individuals and firms who work to bring new clients offshore and facilitate the offshore movement of their assets. Promoters typically use the internet, seminars, books, mailings, and other means to advertise the benefits of taking assets offshore. They typically provide advice on the types and relative advantages of available offshore structures and connect individual clients to offshore service providers that may suit their needs. Often this advice includes recommending an offshore jurisdiction whose laws and regulatory structure best advance the client's objectives. Some promoters also act as an in-

termediary between their clients, the offshore governments, and local service providers.

Promoters typically earn income through fees charged to clients and referral fees paid by the offshore service providers and financial institutions to whom they refer clients. Client fees are generally either a commission based on the value of assets going offshore, an overall charge for an offshore "package" of services, or flat fees for specific services.

**Corporate Formation Agents and Trust Companies.** A key group of offshore service providers is made up of corporate formation agents and trust companies. These service providers are the individuals or firms who establish the offshore corporations and trusts that serve as the recipients of assets transferred offshore. These offshore service providers, sometimes in conjunction with a promoter, fill out the paperwork, file it with the appropriate government agencies, pay fees, and often provide trustees, nominee directors, or nominee officers for the required documentation. The client generally never needs to travel to the jurisdiction, and the client's name typically appears nowhere on the formation documents.

Most offshore corporations and trusts are shell operations that exist only on paper and function without their own employees or offices. They usually have little more than an offshore mailing address and an offshore individual empowered to sign documents on behalf of the entity.

Once a trust or corporation is created, the client can open banking or brokerage accounts in its name, rather than in the client's own name. This trust or corporation can then be listed on U.S. bank transfers and other documents as the owner of the funds, even if the client is the only person with authority over the accounts. Real estate, stock, artwork, or other property can similarly be held in the name of the offshore entity.

Some clients are satisfied with a single offshore

.....  
**Note:**

(11) See, e.g., "Towards Global Tax Co-operation ... Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices," prepared by the Organization for Economic Cooperation and Development (6/00)(including list of 35 "uncooperative tax havens"); "Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing the Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures," prepared by the Financial Action Task Force on Money Laundering (6/22/00).



corporation or trust. Others pay for the formation of a more complex offshore structure consisting of several related corporations and trusts to disguise the client's relationship to the offshore assets they hold. For example, an offshore service provider may create one or more offshore corporations to serve as the owner of record for different client assets and offshore accounts, and it may form one or more offshore trusts to wholly own the corporations. Many corporate formation agents and trust companies will also supply trustees and nominee corporate directors and officers to give the entities the appearance of independent, functioning entities, while ensuring that the client's name is in no way attached to them. In some cases, the offshore service provider and client may sign a side letter agreement or other document attesting to the fact that the client is the beneficial owner of the offshore assets, since no other document evidences the client's ownership(12).

As the offshore industry has expanded, competition among corporate formation agents and trust companies has increased. This competition has led to lower fees and quicker turnaround times in the establishment of new offshore entities. In addition, it has further weakened compliance with fiduciary duties and regulations associated with creating and managing offshore entities.

**Corporate and Trust Administrators.** In addition to forming new offshore entities, offshore service providers typically offer to manage the trusts and corporations they create, for an annual management fee. These management services include filing annual reports and paying fees to the government, authorizing corporate or trust actions, operating bank and securities accounts, keeping records, and handling correspondence. Administrators typically maintain records offshore under secrecy laws that keep them out of the reach of regulatory personnel and other onshore investigators.

As the following case histories demonstrate, offshore corporate and trust administrators typically ensure client control over the assets held by the offshore entities. Control is assured through various means. For example, administrators may appoint a nominee director of an offshore corporation in order to have the name of a natural person other than the client on the incorporation documents, but then place all of the corporate assets in an account for which the client is the sole signatory. Trust administrators also

often appoint a trustee who agrees to follow all client recommendations for trust activities.

**Trust Protectors.** For the management of trusts, some service providers also supply individuals who serve as so-called "trust protectors." The role of trust protector is generally not defined in law, and these persons can provide a wide range of services. In some cases they serve to safeguard trust assets from misappropriation, while in others they effectively manage the trust assets. Some clients select a U.S. person who the client knows and trusts; others select offshore personnel outside the reach of U.S. law. Many offshore trusts are established with the intention of maintaining client control, and in such cases trust protectors can serve as conduits of the client's instructions to the trustees, with the trustees merely rubber stamping the protectors' directions. Such an arrangement permits greater client control while maintaining the appearance of trustee independence.

**Financial Institutions.** Financial institutions are also crucial players in the offshore services industry. Offshore banks and securities firms open accounts for the shell entities that hold the clients' offshore assets. These firms typically have correspondent accounts with one or more U.S. financial institutions that function as gateways into the U.S. financial system. The U.S. institutions then provide international wire transfer services, financing, and brokerage services for the offshore financial institution, often without knowing the identity of the clients whose funds are involved(13). Many U.S. banks and securities firms open accounts onshore in the name of the offshore entities. These offshore entities then make use of the U.S. financial system.

**Note:**

(12) See, e.g., "Private Banking and Money Laundering: A Case Study of Opportunities and Vulnerabilities," S. Hrg. 106-428 hearings before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations (11/9/99, 11/10/99), at 890 (discussing a Cayman corporation created for Raul Salinas, then brother to the president of Mexico, where his name did not appear on the incorporation documents, but was included in separate documentation maintained by Cititrust in the Cayman Islands, under secrecy laws restricting its disclosure).

(13) For more information on how offshore banks use correspondent accounts at U.S. banks, see "Role of U.S. Correspondent Banking in International Money Laundering," S. Hrg. 107-84 hearing before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations (3/1/01, 3/2/01, and 3/6/01).

## Prassi negoziale

**Law Firms.** Law firms are still another set of key players in today's offshore industry. Lawyers help establish offshore structures, draft financial instruments, and provide legal opinions justifying offshore transactions. In some cases, law firms take an even more active role, designing offshore structures for their clients, identifying offshore service providers, and conducting negotiations with these providers on the clients' behalf.

**Tools for Transferring Assets.** Onshore promoters and offshore service providers have devised a wide range of techniques for transferring assets offshore and then bringing funds back into the United States for the client's use. Some of these techniques are well-established. For example, offshore banks typically issue ATM or credit cards in the name of a shell corporation or trust. Clients can then use these cards in the United States to access their offshore funds, just as if the assets were in a domestic bank. Clients can also make sham loans to their offshore entities to move funds offshore or accept loans from offshore entities to bring funds back into the United States. Similarly, clients and their offshore entities can pass funds by billing each other for fictional services. Assets can also be moved in and out of offshore jurisdictions through shell intermediaries to disguise their source and destination. Recently, offshore service providers have developed new methods to transfer assets between onshore and offshore entities, including the use of annuities, mortgages, and offshore insurance companies. These techniques are explained in the case histories that follow.

### Offshore Jurisdictions Discussed in the Case Histories

This Report presents several case histories of persons who hid assets or shifted income to offshore jurisdictions, including Belize, the British Virgin Islands, the Cayman Islands, the Isle of Man, Nevis, and Panama. While these are only a few of the offshore jurisdictions where U.S. citizens have placed their assets, the case histories demonstrate how they were used by U.S. citizens to move money offshore.

Belize is a small nation on the Caribbean coast of Central America. It is home to a developing offshore financial industry, including eight offshore banks, one offshore insurance company, 23 trust companies, and 38,471 registered offshore corporations. Officials in the country have reported a recent increase in fi-

ancial crimes, including bank fraud, forgery, and counterfeiting(14).

The British Virgin Islands is a group of islands in the Caribbean and an overseas territory of the United Kingdom. It has licensed 11 banks, 90 trust companies, and 90 registered agents(15). The British Virgin Islands has over 500,000 registered offshore corporations(16), apparently the most of any offshore jurisdiction.

The Cayman Islands is a group of islands in the Caribbean and an overseas territory of the United Kingdom. It is the world's fifth-largest financial center and has a well-developed offshore financial services industry. Firms in the Cayman Islands provide private banking, brokerage services, mutual funds, insurance, trusts, and company formation and management. It is home to over 500 banks and trust companies, 7,100 mutual and hedge funds, and 727 captive insurance companies(17).

The Isle of Man is an island in the Irish Sea and a Crown Dependency of the United Kingdom. It is home to 171 offshore service providers, including banks, trust companies, and company formation agents. Together these firms managed about \$57 billion in bank deposits, \$12 billion in collective investment schemes, \$33 billion in life insurance funds, and \$11 billion in non-life insurance funds(18).

Panama is a nation in Central America. It is home to 34 offshore banks and approximately 350,000 offshore companies. The State Department considers Panama "particularly vulnerable to money laundering because of its proximity to major drug-producing countries, its sophisticated international banking sector, [and] its dollar-based economy." Bearer bonds

#### Note:

(14) "International Narcotics Control Strategy Report, Volume II: Money Laundering and Financial Crimes," U.S. Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs (3/06), at 92-94.

(15) *Id.* at 111.

(16) "British Virgin Islands - Overseas Territory of the United Kingdom: Assessment of the Supervision and Regulation of the Financial Sector, Volume II - Detailed Assessment of Observance of Standards and Codes," IMF Country Report No. 04/93, International Monetary Fund (4/04), at section 93.

(17) "International Narcotics Control Strategy Report, Volume II: Money Laundering and Financial Crimes," U.S. Department of State Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs (3/06), at 124.

(18) *Id.* at 217.

also present “a potential vulnerability that could be exploited by money launderers”(19).

St. Kitts and Nevis is a federation of two islands in the Caribbean, each with the authority to organize its own financial industry. Most of the offshore financial business is concentrated in Nevis. St. Kitts and Nevis is home to one offshore bank, 50 trust and company service providers, 950 trusts, and 15,000 offshore corporations. The State Department consi-

ders the nation a “major risk for corruption and money laundering, due to a high volume of narcotics trafficking” and “an inadequately regulated economic citizenship program”(20).

.....  
**Note:**

(19) *Id.* at 297.

(20) *Id.* at 353.

# Il patto di famiglia: caratteristiche del nuovo istituto e possibile ruolo della società fiduciaria

di Elio Macchia – Fabrizio Vedana

**SOMMARIO:** § 1. Il contesto economico italiano. – § 2. Il panorama europeo e la normativa italiana. – § 3. L'istituto del patto di famiglia. – § 4. Gli aspetti problematici della normativa. – § 5. Il ruolo delle società fiduciarie nel patto di famiglia. – § 6. Conclusioni.

## § 1. Il contesto economico italiano.

Lo Stato Italiano è stato da sempre caratterizzato da una notevole presenza di imprese familiari.

Al fine di comprendere il ruolo economico che le imprese familiari svolgono nel nostro Paese si ritiene opportuno fornire alcuni dati statistici.

Le imprese in Italia sono circa 6 milioni e il 92% di esse sono imprese familiari.

Tra queste, circa il 50% si estingue alla seconda generazione e circa il 15% supera la terza generazione<sup>(1)</sup>.

Le ragioni che conducono alla scomparsa delle imprese familiari sono diverse e difficilmente individuabili anche a causa dei molteplici fattori economici, finanziari e politici che influenzano la gestione della c.d. "attività di impresa".

Nell'ambito di tali cause assume il ruolo di dominanza il problema relativo al passaggio generazionale.

Infatti, in passato spesso accadeva che, in caso di scomparsa dell'imprenditore, la moglie e i suoi figli (non tutti con esperienze imprenditoriali) subentravano, in quanto eredi legittimari, nell'azienda familiare.

Ciò comportava che nel breve – medio termine alcune delle partecipazioni ereditate erano cedute a terzi.

L'ingresso di soggetti terzi, nella maggior parte dei casi, comportava alla fine la liquidazione della società, con le relative conseguenze negative sotto il profilo dell'occupazione.

## § 2. Il panorama europeo e la normativa italiana.

La problematica del trasferimento di azienda era stata avvertita a livello comunitario fin dal 1993.

Preoccupazione della Commissione Europea era la perdita dei posti di lavoro derivante dai problemi insiti nel passaggio generazionale dell'impresa.

Il 7 dicembre 1994, la stessa Commissione Europea emanò nei confronti degli Stati membri una raccomandazione ufficiale con cui esortava gli stessi ad adottare misure volte a fronteggiare il problema della "trasmissione" delle piccole e medie imprese.

Nel 1998 la Commissione Europea era ritornata sull'argomento rilevando, nella Comunicazione 98/C 93/02 (di seguito, "la Comunicazione"), quanto fatto dagli Stati membri. Nella Comunicazione veniva evidenziato che "un altro modo per aumentare in pratica la continuità dell'impresa è il ricorso a *patti d'impresa* o ad *accordi di famiglia*". Scopo di tali patti era, appunto, quello di assicurare la costanza delle regole gestionali da una generazione all'altra.

Inoltre, si auspicava che i Paesi (tra cui l'Italia) che avevano una normativa contraria all'introduzione di tali patti potessero in essere le necessarie modifiche al fine di poterne favorire l'introduzione.

In tale contesto il legislatore italiano introduceva la Legge 14 febbraio 2006, n. 55, rubricata "Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia", che inseriva, al libro II, titolo IV del codice civile, il Capo V – bis comprendente i nuovi articoli dal 768 – bis a 768 – octies.

Con la Legge 14 febbraio 2006, n. 55 si procedeva alla modifica dell'articolo 458 del codice civile e, contestualmente, veniva introdotto il nuovo istituto del c.d. "patto di famiglia".

L'originario articolo 458 del codice civile prevedeva la nullità di qualsiasi atto con cui un soggetto disponesse della propria successione e dei diritti che potevano derivargli da una successione non ancora aperta.

### Note:

Elio Macchia e Fabrizio Vedana sono avvocati in Milano presso Unione Fiduciaria S.p.A.

(1) Fonte AIPB – PWC Advisory.

Il nuovo articolo 458 del codice civile sancisce ugualmente il divieto dei patti successori, ma fa salvo quanto previsto dagli articoli 768 – *bis* e seguenti.

Con l'istituto del patto di famiglia il legislatore consente all'imprenditore di programmare la sua successione all'interno dell'azienda, in deroga al principio del divieto dei patti successori sancito nel nostro ordinamento.

### § 3. L'istituto del patto di famiglia.

Gli articoli 768 – *bis* e seguenti del codice civile disciplinano l'istituto del patto di famiglia.

Il patto di famiglia è il contratto con il quale un imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda o le proprie quote ad uno o più determinati discendenti (articolo 768 – *bis*).

Il contratto deve essere redatto, a pena di nullità, per atto pubblico (articolo 768 – *ter*).

Al contratto devono partecipare il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore.

Colui a cui viene assegnata l'azienda o le partecipazioni deve provvedere a liquidare gli altri eredi con il pagamento di una somma di denaro o con l'attribuzione di altri beni corrispondenti al valore delle loro quote di legittima.

Tale attribuzione può avvenire anche con un separato contratto in cui sia espressamente indicato il suo collegamento con il precedente contratto e purché vi partecipino gli stessi soggetti che hanno partecipato al primo.

I beni ed i valori ricevuti dai soggetti partecipanti al contratto non sono soggetti a collazione o all'azione di riduzione (articolo 768 – *quater*).

Il patto di famiglia così stipulato può esser impugnato solo per errore, violenza e dolo disciplinati dagli articoli 1427 e seguenti del codice civile.

L'azione di impugnazione è soggetta alla prescrizione di un anno (articolo 768 – *quinquies*).

Nel momento in cui si apre la successione dell'imprenditore, se nel frattempo ci siano altri legittimari (ad esempio nuovi o altri discendenti), questi ultimi possono chiedere ai beneficiari che abbiano partecipato al contratto la corresponsione della somma relativa alla propria quota di legittima. L'inosservanza di tale adempimento costituisce motivo di impugnazione del patto di famiglia (articolo 768 – *sexies*).

Il contratto stipulato tra l'imprenditore e i legittimari può essere sciolto o modificato dagli stessi soggetti che lo hanno concluso mediante un diverso contratto, oppure mediante recesso, con una dichiarazione certificata da un notaio, che deve essere inviata agli altri contraenti. Il diritto di recesso può essere esercitato solo se previsto nel contratto originario.

Eventuali controversie inerenti la formazione del patto di famiglia devono essere devolute preliminarmente ad uno degli organismi di conciliazione stragiudiziale previsti dalle disposizioni relative alla normativa sul rito societario(2).

### § 4. Gli aspetti problematici della normativa.

La normativa licenziata dal legislatore presenta, in alcuni articoli, alcuni aspetti problematici.

L'articolo 768 – *bis*, come innanzi esposto, prevede che oggetto di trasferimento siano anche le partecipazioni societarie.

Il dubbio che la dottrina si è posta è se la partecipazione da trasferire debba essere tale da consentire la gestione della società oppure se oggetto del trasferimento possa essere anche una partecipazione di minoranza.

A tale riguardo una parte della dottrina(3), sulla

#### Note:

(2) Si veda l'articolo 38 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, rubricato "Organismi di conciliazione": "1. Gli enti pubblici o privati, che diano garanzia di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'articolo 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia. 2. Il Ministero della giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 1, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate altresì la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, hanno diritto ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel registro. 3. L'organismo di conciliazione, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e comunica successivamente le eventuali variazioni. Al regolamento debbono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 39."

(3) Cfr., *inter alia*, l'intervento del notaio M. C. Lupetti, Notiziario del Consiglio Nazionale del Notariato, 14 febbraio 2006; F. Ragonese, Patto di famiglia, circolazione d'azienda e partecipazioni sociali in ambito familiare, Dir. e pratica società, 6 novembre 2006, 20.

**Prassi negoziale**

base di una interpretazione letterale della norma in parola, sostiene che la stessa fa riferimento anche al trasferimento di partecipazioni di minoranza.

In particolare tale tesi troverebbe fondamento nella circostanza che l'articolo 768 – *bis* non sembra correlare la locuzione “partecipazioni” ad un eventuale obbligo di gestione della società.

Inoltre, secondo tale dottrina, se non si optasse per l'interpretazione sopra descritta, si potrebbero presentare alcuni problemi applicativi. Infatti, ad esempio, in una società di grosse dimensioni sarebbe alquanto difficile individuare la presenza della partecipazione di controllo.

A conferma di tale interpretazione, si deve rilevare che la *ratio* della legge così come indicata nella Comunicazione risiede nell'esigenza di garantire la continuità dell'impresa. Pertanto, il patto di famiglia non può essere inquadrato come un mero strumento successorio posto in essere in deroga all'articolo 458 del codice civile, ma può essere utilizzato solo quando con esso venga soddisfatta quella continuità d'impresa auspicata dal legislatore comunitario.

Orbene, il trasferimento delle partecipazioni di minoranza non andrebbe a ledere in alcun modo la continuità della gestione dell'impresa, la quale resterebbe, comunque, in capo al soggetto che detiene la partecipazione di controllo.

Si ritiene, quindi, che l'istituto del patto di famiglia sia consentito quando il trasferimento delle partecipazioni ad uno o più discendenti non abbia alcun impatto negativo sulla continuità della gestione dell'impresa.

Il trasferimento delle partecipazioni deve, comunque, avvenire nel rispetto del diritto di prelazione previsto nello statuto della società o, se società di persone, deve essere subordinato al preventivo consenso degli altri soci.

Appare opportuno fornire alcuni chiarimenti in relazione all'articolo 768 – *quater* che riguarda l'individuazione dei soggetti che devono partecipare al patto di famiglia.

A tenore dell'articolo sopra citato, i soggetti coinvolti nella stipulazione del contratto sono il coniuge e i soggetti legittimari esistenti nel momento in cui il contratto viene stipulato.

Ai sensi dell'articolo 536 del codice civile i soggetti legittimari sono il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali e gli ascendenti legittimi.

La peculiarità della norma è rappresentata dal fatto che la stessa opera una distinzione soggettiva tra la

figura del coniuge e quella dei legittimari. Si ricorda, infatti, che la figura del coniuge rientra già nella categoria. Ci si chiede, quindi, perché il legislatore abbia voluto sottolineare tale distinzione.

A parere di chi scrive, la ragione potrebbe risiedere nel fatto che, ad esempio, potrebbe essere obbligato a partecipare al contratto anche il coniuge separato con addebito che, in quanto tale, sarebbe privo dei diritti ereditari.

Inoltre, l'articolo 768 – *sexies* tutela anche i legittimari assenti nel contratto del patto di famiglia in quanto sopraggiunti. Infatti, la norma citata prevede che, nel momento in cui si apre la successione dell'imprenditore, il coniuge e i soggetti legittimari non presenti alla costituzione del contratto possono chiedere ai beneficiari dello stesso contratto il pagamento di una somma di denaro pari alla loro quota di spettanza maggiorata degli interessi legali.

Con la previsione della corresponsione di una somma di denaro si è cercato di tutelare il precedente passaggio dell'azienda o delle partecipazioni.

L'inosservanza di tale circostanza costituisce motivo di impugnazione del contratto.

L'articolo 768 – *quinquies* sancisce che l'azione per l'impugnazione del contratto del patto di famiglia si prescrive nel termine di un anno.

Purtroppo, non viene previsto da quando il termine debba iniziare a decorrere.

A tale proposito è possibile individuare due ipotesi:

- il termine decorre dalla data di sottoscrizione del patto o del contratto successivo;
- il termine decorre dalla data in cui è cessata la violenza o è stato scoperto l'errore o il dolo.

Il riferimento agli articoli 1427 e seguenti del codice civile farebbe presumere una volontà del legislatore di ancorare il termine di decorrenza al momento della scoperta del vizio del consenso o dello stipulato patto di famiglia.

## **§ 5. Il ruolo delle società fiduciarie nel patto di famiglia.**

Nell'ambito della procedura del patto di famiglia, le società fiduciarie, di cui alla Legge 23 novembre 1939, n. 1966, possono rivestire un ruolo di rilevanza.

La società fiduciaria si caratterizza in quanto soggetto terzo, indipendente e professionale, che garantisce la corretta esecuzione di una serie di azioni che,

a causa della particolare natura dell'oggetto del mandato fiduciario, è opportuno non attribuire ad una delle parti contraenti.

Le società fiduciarie potrebbero essere coinvolte dall'imprenditore nell'ambito della fattispecie indicata dall'articolo 768 – *quater* del codice civile.

Infatti, tale disposizione prevede che gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni debbono liquidare agli altri partecipanti (i legittimari) la quota di legittima che a loro sarebbe spettata in caso di successione.

Tali operazioni di compensazione delle quote, se effettuate direttamente dall'assegnatario, potrebbero dar luogo a prevedibili contestazioni degli altri legittimari.

In tale contesto, potrebbe intervenire la società fiduciaria, in qualità di soggetto terzo, e, soprattutto, professionale.

La società fiduciaria avrebbe il compito di provvedere a determinare il valore dei beni oggetto di successione, di calcolare le quote spettanti ai soggetti non assegnatari.

Il contratto potrebbe prevedere, inoltre, che sia i beni oggetto di assegnazione, sia le quote, pur essendo di proprietà rispettivamente dell'assegnatario e dei legittimari, rimangano intestati alla società fiduciaria fino all'apertura della successione dell'imprenditore.

Solo in tale momento la fiduciaria dovrà reinte-

stare all'assegnatario e ai legittimari quanto oggetto di mandato fiduciario.

Al momento dell'apertura della successione, la fiduciaria provvederà a liquidare le quote indicate nel contratto. Se, nel frattempo, fossero sopraggiunti altri legittimari il soggetto fiduciario dovrà ricalcolare le quote di legittima in virtù dei nuovi soggetti.

Così facendo, l'imprenditore potrebbe pianificare il trasferimento della sua azienda o della sua partecipazione in modo graduale. L'assegnatario dell'azienda, ad esempio, ne diventerà titolare al momento della morte dell'imprenditore.

## § 6. Conclusioni.

Sulla base di quanto sopra esposto, si può concludere che il patto di famiglia, soprattutto se abbinato all'intestazione fiduciaria dei beni assegnati e di quelli liquidati ai legittimari non assegnatari, costituisce uno strumento idoneo ad assicurare il passaggio generazionale dell'azienda. Pur restando da chiarire alcuni aspetti, tra i quali quello fiscale che pare tuttora vicino a soluzione con la legge finanziaria per l'anno 2007, il patto di famiglia si presenta certamente come un ulteriore strumento giuridico di gestione del trapasso generazionale, che il cliente ed il suo professionista potranno valutare ed aggiungere a quelli già disciplinati o riconosciuti dal nostro ordinamento.





cosicchè non risentano di alcuna vicenda, personale o economica, che possa in futuro riguardare la Disponente; ---  
 - l'istituzione di detto Trust è pienamente legittima ed efficace nel nostro ordinamento per effetto della ratifica della **Convenzione dell'Aja** (relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento), approvata in data 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia in forza della legge 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore in data 1° gennaio 1992; -----

- è intenzione della signora \_\_\_\_\_ incrementare il "Fondo in Trust" trasferendo, al signor \_\_\_\_\_, quale Trustee del Trust " \_\_\_\_\_ ", il diritto di nuda proprietà sull'unità immobiliare di seguito meglio descritta, perchè questi persegua e realizzi la "Finalità del Trust": -----

la causa della presente attribuzione patrimoniale in favore del Trustee deve rinvenirsi nell'istituzione del Trust alla quale, pertanto, l'attribuzione stessa è funzionale; -----

- l'atto istitutivo del predetto Trust, dispone agli artt. 7.A. e 5.D. rispettivamente che: -----

\* "Il Trustee può accettare incrementi del Fondo in trust solo previo consenso della Disponente e del Guardiano"; -----

\* "Quando manchi il Guardiano, ogni potere del Guardiano spetta alla Disponente finchè capace"; -----

- è intenzione della Disponente prestare il proprio consenso al presente apporto patrimoniale quale atto di esecuzione del programma di trust. -----

Tutto ciò premesso e ritenuto parte integrante e sostanziale del presente atto, alla costante presenza dei testimoni, si conviene e stipula quanto segue: -----

----- **ART. 1 CONSENSO ED OGGETTO** -----

La signora \_\_\_\_\_, per la Finalità di cui in premessa, trasferisce al signor \_\_\_\_\_ che, nella sua qualità di Trustee del Trust " \_\_\_\_\_ " e, con il consenso della Disponente, che esprime univoca volontà in tal senso, accetta il **diritto di nuda proprietà** sulla seguente unità immobiliare facente parte del fabbricato denominato "Condominio \_\_\_\_\_" sito in Comune di Padova \_\_\_\_\_ e, precisamente: -----

- appartamento posto al piano \_\_\_\_\_ del fabbricato suddetto, composto da tre vani ed accessori, confinante con: \_\_\_\_\_ prospetto \_\_\_\_\_ su \_\_\_\_\_,

proprietà \_\_\_\_\_, proprietà \_\_\_\_\_.

Detta unità immobiliare è censita al **Catasto Fabbricati del Comune di Padova**, come segue: -----

Sezione F, Foglio 3 (tre) -----

## Prassi negoziale

- mappale n. sub , Via n. , p. , z.c. ,  
 cat. , cl. , vani , Rendita Euro . -----

E' compresa la proporzionale comproprietà dell'area sulla  
 quale sorge il fabbricato, censita al Catasto Terreni del  
 Comune di Padova, Foglio , mappale n. di E.U.,  
 nonchè tutte le parti comuni ai sensi dell'art. 1117 C.C.. -

----- **Art. 2 GARANZIE DEL TRASFERIMENTO E PROVENIENZA** -----

L'unità immobiliare in oggetto viene trasferita, per il  
 diritto di nuda proprietà, nello stato di fatto e di  
 diritto in cui attualmente si trova, con tutti gli inerenti  
 diritti reali, accessioni e pertinenze, nonchè gli oneri e  
 le servitù attive e passive di qualsiasi specie ed in  
 quanto esistenti, con particolare riferimento alla servitù  
 di pubblico transito nelle gallerie, portici e marciapiedi  
 di proprietà condominiale costituita con atto del Notaio  
 Benacchio in data rep. n. , registrato a  
 Padova il al n. e trascritto presso la  
 Conservatoria dei Registri Immobiliari di Padova in  
 data ai n.ri . -----

Il signor , nella qualità suddetta, dichiara di ben  
 conoscere l'unità immobiliare sopra descritta. -----

La signora assume nei confronti del Trust " ", in  
 persona del Trustee , le garanzie di legge,  
 dichiarando che l'unità immobiliare in oggetto è libera da  
 vincoli, privilegi anche fiscali, da diritti reali parziari  
 da trascrizioni pregiudizievoli ed iscrizioni ipotecarie,  
 ed è di sua assoluta ed esclusiva titolarità, per il  
 diritto di nuda proprietà, per averla acquistata con atto  
 autenticato da me Notaio in data rep.  
 n. , registrato a Padova il al n.  
 serie e trascritto presso la Conservatoria dei Registri  
 Immobiliari di Padova il ai n.ri  
 e . -----

----- **ART. 3 RINUNCIA ALL'IPOTECA LEGALE** -----

Per quanto possa occorrere, la parte cedente  
 signora rinuncia a qualsiasi ipoteca legale  
 comunque nascente dal presente atto, mentre si conviene che  
 il possesso giuridico e tutti gli effetti attivi e passivi  
 della cessione decorrono dalla data odierna. -----

-- **ART. 4 POSIZIONE DEL TRUSTEE RISPETTO AI BENI IN TRUST** --

Le parti dichiarano e riconoscono espressamente che  
 l'immobile in oggetto, trasferito per il diritto di nuda  
 proprietà, costituisce "Bene in trust" e, pertanto, secondo  
 quanto disposto nell'atto istitutivo di cui in premessa, è:

- in piena, libera ed esclusiva proprietà e titolarità del  
 Trustee (Art. 16.A.); -----
- separato dal patrimonio proprio del Trustee e non è  
 aggredibile dai suoi creditori personali (nè da quelli

della Disponente), non fa parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio o da convenzioni matrimoniali, e non forma oggetto della sua successione ereditaria (Art. 6.C.); -----

- Quando un Trustee cessi dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in trust in favore di colui o coloro che gli succedono o che rimangono nell'ufficio. (Art. 26. A); -----

- Chi cessa dall'ufficio: -----

\* pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui Beni in trust (Art. 26.B.1.); -----

Inoltre il Trustee: -----

- tiene il suddetto "Bene in trust" separato sia dai propri beni che da qualunque altro bene o diritto che a lui venga intestato (Art. 18.B.); -----

- quando si tratti di beni iscritti in registri pubblici o privati, ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust (Art. 18.B.1.). -----

A tal fine, quindi, i componenti richiedono espressamente che dell'esistenza del vincolo segregativo, sia data pubblicità ai terzi mediante idonea formalità, atta ad evidenziare la segregazione del bene oggetto del presente atto nel patrimonio del Trustee, in conformità a quanto espressamente disposto dall'art. 12 della sopracitata Convenzione dell'Aja e con esonero del signor Conservatore da ogni sua responsabilità a riguardo. -----

----- **Art. 5 DICHIARAZIONI URBANISTICHE** -----

La signora \_\_\_\_\_ consapevole della disciplina richiamata dagli articoli 3) e 76) del D.P.R. n. 445 del 28.12.2000, circa la responsabilità penale in cui può incorrere in caso di dichiarazioni mendaci, ai sensi della normativa sopra richiamata, dichiara quanto segue: -----

- che in riferimento alla normativa vigente in materia urbanistica ed edilizia il fabbricato di cui fa parte l'unità immobiliare in oggetto è stato eretto in base a: ---

\* **permesso di costruzione** rilasciato dal Comune di Padova in data \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_ Reg. e n. \_\_\_\_\_ Prot.; -----

\* **successiva variante** in data \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_ Reg. e n. \_\_\_\_\_ Prot.; -----

\* **permesso di abitabilità** rilasciato in data \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_ Reg. e n. \_\_\_\_\_ Prot.; -----

- che successivamente non è stato oggetto di provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 41) della Legge 1150/1942 e che non ha subito alcun'altra variazione o modifica tale da richiedere il preventivo rilascio di concessione o di licenza edilizia e/o comunque tale che necessiti, per la

**Prassi negoziale**

stipula del presente atto, di ulteriore o diversa concessione in sanatoria ai sensi della legge 47/85 e successive modifiche e integrazioni. -----

-- **ART. 6 VALORE, REPERTORIAZIONE, REGIME FISCALE E SPESE** --

Le parti dichiarano anche ai fini dell'iscrizione a repertorio del presente atto, che il valore del diritto di nuda proprietà del bene in oggetto ammonta complessivamente ad Euro \_\_\_\_\_ e, ciò, anche per l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali di cui meglio in appresso. -----

Detto valore tiene conto dell'età dell'usufruttuario signora \_\_\_\_\_, come sopra generalizzata. -----

In materia di **tassazione dei Trust** si può ragionevolmente affermare che: -----

- il trasferimento al Trustee è fiscalmente neutro; -----
- l'applicazione dell'imposta proporzionale di donazione (di cui al D.l. 262/2006 convertito con legge 24 novembre 2006 n. 286) diventa attuale solo con la devoluzione dei beni al Beneficiario Finale del Trust; -----
- gli assunti di cui ai punti precedenti trovano conforto nei principi generali applicabili in tema di tassazione e, precisamente: -----

a) in via generale un'imposta non può essere applicata in mancanza di una manifestazione di capacità contributiva in capo al contribuente (norma costituzionale); -----

b) in via particolare nella donazione la capacità contributiva è, incontrovertibilmente, l'incremento patrimoniale che si verifica in capo al beneficiario dell'atto a titolo gratuito, pertanto: -----

i) il presupposto per l'applicazione dell'imposta di donazione sarà, quindi, verificato solo con l'attribuzione al beneficiario finale del Fondo in Trust, applicando l'aliquota relativa al suo rapporto di parentela o meno con la disponente; -----

ii) il presente trasferimento di natura strumentale non manifesta alcuna capacità contributiva in capo al Trustee medesimo, in quanto lo stesso usa i Beni in Trust per la Finalità impressa dalla Disponente. I Beni in Trust non incrementano la consistenza del patrimonio personale del Trustee, il quale ne consegue una proprietà finalizzata all'espletamento del compito che si è obbligato a svolgere.

In relazione a quanto enunciato, il **Regime fiscale del presente atto di Dotazione in Trust** è quello dell'imposta di registro in misura fissa: sono infatti applicabili per analogia le norme previste dal Testo Unico D.P.R. 131/1986 sulla procura o, sul mandato o, sulla cessione dei beni ai creditori, laddove i creditori sono i Beneficiari del Trust e ciò in quanto il trasferimento dei beni ai Beneficiari,

al termine del Trust, ed in esecuzione dei dettami dello stesso, sarà sottoposto all'imposta di donazione allora vigente, secondo il grado di parentela tra Beneficiari e Disponibile, ed applicabile al momento della sua registrazione. -----

Viceversa, ai sensi del D.lgs. 31.10.1990 n. 347, il presente atto sarà soggetto alle ordinarie aliquote per la trascrizione e la voltura catastale. -----

Spese del presente atto e conseguenti tutte a carico del "Trust". -----

Richiesto io Notaio ho ricevuto il presente atto del quale ho dato lettura, in presenza dei testimoni, ai comparenti che lo approvano. -----

Scritto da persona di mia fiducia occupa fogli due per pagine cinque e fin qui della presente sesta. -----

Firmato:

teste -----

teste -----

MARIO CARACCIOLO Notaio (L.S.) -----

Prassi negoziale

# Dichiarazione dei redditi della fiduciaria e comunicazione all'Amministrazione Finanziaria dei dati identificativi dei fiducianti

Agenzia delle Entrate  
Direzione Centrale Normativa e Contenzioso  
Roma, 7 dicembre 2006  
Risoluzione n. 136/E

**OGGETTO: Istanza di interpello - ART. 11, legge 27 luglio 2000, 212. ALFA S.R.L.**

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione del DPR n. 600 del 1973, è stato esposto il seguente

## QUESITO

La Alfa Srl è una società fiduciaria che opera ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 e del regio decreto di attuazione del 22 aprile 1940, n. 531.

Nell'ambito della propria attività l'istante intersta a nome proprio, ma per conto di clienti fiducianti, quote di società di persone di cui all'articolo 5, comma 1 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR) e, in particolare, quote di accomandanti di società in accomandita semplice. Per effetto di tale intestazione, al termine del periodo d'imposta, saranno imputati alla società fiduciaria i relativi redditi imponibili o le perdite fiscali, come pure le ritenute ed i crediti d'imposta.

La società istante desidera sapere con quale strumento deve comunicare all'Amministrazione finanziaria i dati identificativi dei fiducianti.

Inoltre, la Alfa Srl chiede conferma che tali redditi, perdite, crediti d'imposta formalmente imputati alla società fiduciaria dalle società di persone direttamente partecipate non siano fiscalmente imputabili alla stessa, bensì ai fiducianti per conto dei quali le quote sono state intestate fiduciariamente.

L'istante, infine, chiede quali quadri del modello

Unico devono compilare i fiducianti che nella fattispecie sono persone fisiche non esercenti arti o professioni, né attività di impresa.

## SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società interpellante ritiene che la società partecipata debba indicare nel modello unico Società di Persone, quadro RK, la società fiduciaria intestataria delle quote come socio al quale imputare i propri redditi e perdite. Quest'ultima, a sua volta, indicherà i nominativi dei fiducianti, soci effettivi della società di persone partecipata nel modello 770 (quadro SK) al fine di imputare agli stessi i componenti reddituali di loro competenza.

In caso di socio fiduciante persona fisica non esercente arti o professioni né attività d'impresa, la Alfa ritiene che, al fine di salvaguardare l'anonimato dell'intestazione fiduciaria nei confronti di terzi soggetti, il fiduciante nel proprio modello Unico Persone Fisiche, quadro RH, possa indicare i dati della società fiduciaria, invece di indicare i dati della società partecipata fiduciariamente.

In tal modo, a detta dell'istante, sarebbe salvaguardato il diritto alla segretezza del fiduciante senza compromettere la capacità di indagine e controllo dell'Amministrazione Finanziaria.

Analoga soluzione viene proposta anche nel caso di redditi imputati ai sensi dell'articolo 116 del TUIR o di altri casi in cui la società fiduciaria sia frapposta tra la società erogante e il fiduciante-beneficiario nell'erogazione o nell'imputazione di redditi tassati direttamente in capo a quest'ultimo.

## RISPOSTA DELLA DIREZIONE AL CONTRIBUENTE ISTANTE

Come noto, l'istituto dell'intestazione fiduciaria non modifica il soggetto di imposta passivo identificabile sempre e comunque nel fiduciante (cfr. circolare del Ministero delle Finanze n. 16 del 10 maggio 1985; risoluzione n. 133/E dell'8 ottobre 1999; circo-

lare dell'Agenzia delle Entrate n. 49/E del 22 novembre 2004).

In particolare, nella citata circolare n. 49/E del 2004 è stata affrontata una fattispecie che presenta caratteri di analogia con il caso esaminato nel presente quesito nell'ambito dell'applicazione degli articoli 115 e 116 del TUIR (cosiddetta "trasparenza fiscale") in caso di partecipazioni detenute tramite società fiduciaria. A tale proposito, è stato sottolineato che "attraverso il cosiddetto rapporto fiduciario, la società dispone dei beni affidatigli nell'interesse del socio fiduciante, nei limiti dell'accordo-mandato con questi concluso". Di seguito, richiamando la sentenza n. 4943 del 21 maggio 1999 della Cassazione Civile, il citato documento di prassi sottolinea che "i fiduciari, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni affidati alla fiduciaria ed a questa strumentalmente intestati".

Ne consegue che l'immediata riferibilità dei diritti alla sfera giuridica dei soci e non della fiduciaria, identifica i soci effettivi quali soggetti cui deve essere imputato il reddito distribuito dalla società partecipata.

La prevalenza della titolarità effettiva nei confronti di quella apparente rende, quindi, la società fiduciaria fiscalmente trasparente nei rapporti intercorrenti tra il socio fiduciante e l'Amministrazione finanziaria (cfr. sentenza n. 6478 del 10 dicembre 1984 della Cassazione Civile).

In effetti, lo stesso legislatore, disponendo in materia di società fiduciarie, prevede una sorta di separazione tra proprietà ed intestazione. Nell'articolo 1, ultimo comma, del regio decreto 29 marzo 1942, n. 239, è infatti previsto che: "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi".

Peraltro, anche il legislatore fiscale, in più occasioni, ha emanato norme che sembrano basarsi su tale impostazione civilistica, dal momento che fanno riferimento ai fiduciari quali effettivi possessori dei redditi derivanti da beni formalmente intestati al fiduciario. Ad esempio, relativamente alle partecipazioni in società di capitali, l'articolo 1, comma 1, del DM 4 febbraio 1998 prevede che "i soggetti tenuti all'obbligo delle comunicazioni di cui alla legge 29 dicembre 1962, n. 1745 (omissis) effettuano le stesse nel modello di dichiarazione del sostituto d'imposta con le modalità ed entro il termine stabilito dall'articolo 9 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600".

L'articolo 9 della legge n. 1745 del 1962, richiamata nella disposizione appena citata, dispone che le società fiduciarie "devono comunicare (omissis) i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili".

Le società fiduciarie sono, infatti, inclusi fra i soggetti tenuti a compilare il quadro SK della dichiarazione del sostituto d'imposta - modello 770 - fornendo, con tale adempimento, all'Amministrazione finanziaria i dati relativi agli effettivi possessori dei redditi derivanti da partecipazioni ad esse intestate.

Le citate disposizioni confermano pertanto che, quanto al trattamento sostanziale dei redditi derivanti da beni e partecipazioni formalmente intestati fiduciarmente, gli effettivi possessori sono da individuare nei fiduciari.

Ciò posto, con particolare riferimento al quesito in esame, si evidenzia innanzitutto che il rapporto fiduciario è generalmente considerato sussistente nei casi in cui la partecipazione si sostanzia in una mera partecipazione al "capitale" delle società di persone ovvero in forme che non comportino una responsabilità illimitata del socio stesso e una ingerenza nell'amministrazione della società (è il caso di partecipazioni in società in accomandita detenute da soci accomandanti).

In tali casi, non potendosi negare, in linea di principio, la sussistenza del rapporto fiduciario con tutte le conseguenti implicazioni di carattere fiscale sopra illustrate, non vi è dubbio che il reddito delle società di persone partecipate tramite il rapporto fiduciario non può che essere imputato ai fiduciari.

Questi ultimi, nel caso in cui siano persone fisiche non operanti in regime d'impresa o professionale, in qualità di possessori del reddito da partecipazione sono tenuti ad indicare il predetto reddito prodotto in forma associata nel modello Unico Persone Fisiche, quadro RH, indicando i dati identificativi della società partecipata e non di quella fiduciaria dal momento che lo schermo fiduciario rileva nei rapporti con i terzi solo per la società partecipate e non per il socio.

La società partecipata, potrà indicare i dati della società fiduciaria nel quadro RK del modello Unico Società di Persone in luogo di quelli dei fiduciari.

La società fiduciaria dovrà, a sua volta, indicare i nominativi degli effettivi partecipanti nella società di persone ed i redditi a questi attribuiti. A tal fine non è possibile utilizzare la prima sezione del quadro

SK, dal momento che non si tratta di utili da partecipazione in società di capitale ma di reddito d'impresa.

Si ritiene, invece, che a tal fine possa essere utilizzata la sezione del quadro SK che deve essere compilata dalle società fiduciarie per indicare i propri fiduciari che abbiano optato per la trasparenza ai sensi degli articoli 115 e 116 del TUIR (righe SK8 e SK9). Tale sezione è, in sostanza, un strumento predisposto per la corretta attribuzione di reddito d'im-

presa derivante dalla partecipazione in società di capitali agli effettivi titolari dello stesso e può, pertanto, essere utilizzata anche per la corretta attribuzione del reddito d'impresa prodotto da società di persone e attribuito a soci accomandanti.

Si ricorda che l'Amministrazione finanziaria ha comunque facoltà di richiedere alla società fiduciaria i dati identificativi dei soci effettivi nei termini previsti dall'art. 32, primo comma, n. 7, del DPR 29 settembre 1973, n. 600.

PER I SOCI DELL'ASSOCIAZIONE "IL TRUST IN ITALIA"  
È PREVISTA LA RIDUZIONE DEL 50% SUL PREZZO  
DELL'ABBONAMENTO ANNUALE

# Le attività fiduciarie Trusts

Trimestrale di approfondimento  
scientifico e professionale

**EDITRICE**  
Wolters Kluwer Italia s.r.l.  
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

**INDIRIZZO INTERNET**  
HTTP://www.ipsoa.it

**DIRETTORE RESPONSABILE**  
Donatella Treu

**Direttore scientifico**  
Maurizio Lupoi

**Comitato scientifico**  
Sergio M. Carbone, Ugo Carnevali, Giorgio De Nova, Augusto Fantozzi, Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio Gambaro, David Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti, Antonio Palazzo, Victor Uckmar, Gustavo Visentini

**Coordinamento redazionale**  
Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di Genova), Lucia Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta Grandona (Università degli Studi di Genova)

**REDAZIONE**  
Valentina Cecconi, Cristina Orsenigo

**REALIZZAZIONE GRAFICA**  
Ipsoa

**FOTOCOPOSIZIONE**  
ABCCompos S.r.l.  
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

**STAMPA**  
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl  
Via Farneti, 8 - 20129 Milano  
licenziato per la stampa il 14 marzo 2007

### REDAZIONE

Per informazione in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Le attività fiduciarie  
Trusts

### IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano  
telefono (02) 82476.018 - telefax (02) 82476.883

### Publicità:

**db COMMUNICATION** s.r.l.

db communication s.r.l.  
via Leopoldo Gasparotto 168  
21100 Varese  
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483  
e-mail: info@dbcomm.it  
www.dbcomm.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626  
del 28 settembre 1999  
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione  
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in  
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano  
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa  
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

### ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:  
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di  
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di  
disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di  
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a  
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori  
20090 Assago (MI).  
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -  
e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it -  
www.ipsoa.it/servizioclienti

**ITALIA**  
Abbonamento annuale: € 215,00

**ESTERO**  
Abbonamento annuale: € 430,00

### CORRISPONDENZA REDAZIONALE

Istituto di diritto privato  
Via Balbi, 22 - 16126 Genova  
Tel. (010) 2099896 - Fax (010) 267244  
e-mail: rivistatrusts@unige.it

### AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri  
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

**Ipsoa Servizio Clienti**  
Casella postale 12055 - 20120 Milano  
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.  
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile  
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista  
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 55,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è  
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per  
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.  
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive  
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

**Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196**, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).